

De bijzondere zorgplicht

De bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht vanuit het perspectief van de financiële dienstverlener en de kaders die de jurisprudentie hieraan geeft

*"It is well enough that people of the nation
do not understand our banking and
monetary system, for if they did,
I believe there would be a revolution
before tomorrow morning."*

Henry Ford

(1863-1947)

Auteur:	E. M. Koolhaas
Eerste scriptiebegeleider:	mr. M. M. N. Aerts
Tweede scriptiebegeleider:	mr. A. J. M. van Dooren
Afstudeerorganisatie:	reijnders advocaten
Afstudeerbegeleider:	mr. M. E. de Boer, mr. N. T. M. Verhoeven

Eindhoven, mei 2015

De bijzondere zorgplicht

De bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht vanuit het perspectief van de financiële dienstverlener en de kaders die de jurisprudentie er aan geeft.

Auteur:	E. M. Koolhaas
Eerste scriptiebegeleider:	mr. M. M. N. Aerts
Tweede scriptiebegeleider:	mr. A. J. M. van Dooren
Afstudeerorganisatie:	reijnders advocaten
Afstudeerbegeleider:	mr. M. E. de Boer, mr. N. T. M. Verhoeven

Eindhoven, mei 2015

Voorwoord

In de periode februari 2015 tot en met mei 2015 heb ik mijn afstudeerstage gelopen bij reijnders advocaten te Eindhoven. Hier heb ik mijn afstudeerscriptie geschreven in het kader van het afsluiten van mijn HBO-Rechten opleiding aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Mijn interesse voor het ondernemingsrecht is vooral aangewakkerd tijdens de minor die ik in het vierde jaar van mijn opleiding heb gevolgd, en het was voor mij dan ook een mooie kans om mijn afstudeerstage te lopen binnen een kantoor dat zich voornamelijk bezighoudt met dit rechtsgebied.

Hoewel mijn afstudeeronderwerp vrij snel gevonden was, bleek het niet eenvoudig om 'de bancaire zorgplicht' in te kaderen tot een behapbaar scriptieonderwerp. Het begrip 'zorgplicht' is niet eenduidig en valt op vele manieren uit te leggen. Hoewel het inkaderen van het scriptieonderwerp geen eenvoudige klus was, kan ik tevreden zijn met de scriptie die op dit moment voor u ligt. De relevantie van het onderzoek is groot, daar het een recent onderwerp is waarover, ook door de hoogste gerechtelijke instanties, veel wordt nagedacht. De zorgplicht voor financiële dienstverlener wordt steeds belangrijker en de rechter hecht steeds meer waarde aan het gelijktrekken van de informatieasymmetrie tussen de financiële dienstverlener en haar cliënt. Voor de financiële dienstverlener is het van belang te weten wat zij kunnen doen om aan deze zorgplicht te voldoen.

Ik wil mijn dank ten eerste uitspreken naar reijnders advocaten voor het mogelijk maken van deze afstudeerstage. Daarnaast wil ik in het bijzonder Marriëlise de Boer bedanken voor de enthousiaste wijze waarop zij mij afgelopen maanden heeft begeleid met het schrijven van mijn scriptie. Als laatst wil ik Maud Aerts bedanken voor de adequate wijze waarop zij mij de afgelopen maanden van feedback heeft voorzien.

Tot slot rest mij u veel plezier te wensen met het lezen van deze scriptie.

Emma Koolhaas

Eindhoven, mei 2015

Inhoudsopgave

Samenvatting

Afkortingenlijst

1	Inleiding	10
1.1	Probleembeschrijving	10
1.2	Centrale vraag	11
1.3	Doelstelling	11
1.4	Deelvragen	12
1.5	Methode van onderzoek	12
1.6	Leeswijzer	12
1.7	Terminologie	13
2	Privaatrechtelijke zorgplicht	14
2.1	Ontstaan van de privaatrechtelijke zorgplicht	14
2.1.1	Kelderluik-arrest	14
2.1.2	Jetblast-arrest	15
2.2	Privaatrechtelijke zorgplicht in de precontractuele fase	16
2.3	Privaatrechtelijke zorgplicht in de contractuele fase	17
2.3.1	Overeenkomst van opdracht	17
2.3.2	Algemene Bankvoorwaarden	18
2.4	Buitencontractuele zorgplicht	19
2.5	Tussenconclusie	20
3	Bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht	22
3.1	Ontstaan van de bijzondere zorgplicht	22
3.1.1	Groninger notaris-arrest	22
3.2	De optiehandel-arresten	23
3.2.1	Rabobank/Everaars-arrest	23
3.2.2	Van der Klundert/Rabobank-arrest	24
3.2.3	Kouwenberg/Rabobank-arrest	25
3.2.4	Standaardoverweging n.a.v. de optiehandel-arresten	25
3.3	Uitbreiding zorgplicht jegens derden	26
3.3.1	MeesPierson/Ten Bos-arrest	26
3.3.2	Safe Haven-arrest	27
3.4	Effectenlease-arresten	28
3.4.1	Feiten en uitspraak bij rechtbank en hof	28
3.4.2	Dwaling	29
3.4.3	Schending bijzondere zorgplicht	30
3.5	Bijzondere zorgplicht bij vermogensbeheer	32
3.6	Uitbreiding zorgplicht jegens professionele beleggers	32
3.6.1	Rechtbank Oost-Brabant, 26 maart 2014	32

3.6.2	Hof's-Hertogenbosch, 15 april 2014	33
3.6.3	Rechtbank Den Haag, 14 januari 2015.....	34
3.7	Tussenconclusie.....	34
4	Publiekrechtelijke zorgplicht	36
4.1	Wet op het financieel toezicht.....	36
4.1.1	Nieuwe generieke zorgplicht	36
4.2	Overeenkomsten tussen privaat- en publiekrechtelijke zorgplicht.....	37
4.3	Verschil met de privaatrechtelijke zorgplicht	38
4.3.1	Open normen versus concrete normen.....	38
4.3.2	Handhaving ex post versus handhaving ex ante	38
4.3.3	Reparatoir versus punitief	38
4.3.4	Schematisch overzicht verschillen Wft en BW	39
4.4	Twee normstelsels naast elkaar	39
4.4.1	Overlap	39
4.4.2	Wederzijdse beïnvloeding	39
4.5	Tussenconclusie.....	41
5	Conclusies en aanbevelingen	42
5.1	Hoofdstuk 2; privaatrechtelijke zorgplicht.....	42
5.2	Hoofdstuk 3; bijzondere zorgplicht	42
5.3	Hoofdstuk 4; beïnvloeding door publiekrechtelijke zorgplicht	45
5.4	Beantwoording centrale vraag.....	46
6	Jurisprudentielijst.....	47
7	Literatuurlijst	48

Samenvatting

De doelstelling van dit onderzoek is het leveren van een afstudeerscriptie en het geven van advies, op 1 juni 2015, aan reijnders advocaten, inzake de invulling van de bijzondere zorgplicht zodat reijnders advocaten hun cliënten (financiële dienstverleners) beter kan informeren over de bijzondere zorgplicht die deze dienstverleners jegens hun cliënten hebben.

De zorgplicht is binnen de financiële dienstverlening een steeds grotere rol gaan spelen. Regelmatig krijgt reijnders, als advocaat van de financiële dienstverlener, te maken met het verweer van de wederpartij dat de financiële dienstverlener zijn zorgplicht geschonden zou hebben. Het begrip 'zorgplicht' is echter breed en vindt haar grondslag zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht. De publiekrechtelijke zorgplicht is vastgelegd in de Wet financieel toezicht (Wft) en is meer uitgekristalliseerd dan de privaatrechtelijke zorgplicht. De privaatrechtelijke zorgplicht vindt haar grondslag in de open normen van het Burgerlijk Wetboek (BW). Uit deze privaatrechtelijke zorgplicht is in de jurisprudentie een bijzondere zorgplicht voor financiële dienstverleners ontstaan. Deze bijzondere zorgplicht staat in deze scriptie centraal. De centrale vraag van deze scriptie luidt: 'wanneer heeft een financiële dienstverlener, zoals een bank, een bijzondere zorgplicht jegens zijn (zowel particuliere als zakelijke) cliënt en kunnen er aanbevelingen gedaan worden over de invulling van deze bijzondere zorgplicht?'

De privaatrechtelijke zorgplicht vindt haar grondslag ten eerste in de redelijkheid en billijkheid van artikel 3:2 BW, 6:2 BW en 6:248 BW en geeft aan dat partijen al in de precontractuele fase voldoende zorg jegens elkaar in acht moeten nemen. Zodra de relatie tussen financiële dienstverlener en cliënt gekwalificeerd kan worden als overeenkomst van opdracht, moet de financiële dienstverlener zich als 'goed opdrachtnemer' gedragen op grond van artikel 7:401 BW. Daarnaast moet de bank zich houden aan de zorgplicht zoals omschreven in artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden. Ook buitencontractueel kan er een zorgplicht gelden op grond van artikel 6:162 BW. Het privaatrecht geeft enkel open normen waar de rechter achteraf pas concrete invulling aan geeft.

De bijzondere zorgplicht is voornamelijk ontwikkeld ten aanzien van de bank en heeft betrekking op complexefinanciële producten met grote risico's voor de cliënt. In geval van optiehandel heeft de bank, met name vanwege de grote risico's die optiehandel met zich meebrengt, een bijzondere zorgplicht tegenover particuliere, niet-professionele cliënten vanwege haar professionaliteit en deskundigheid. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt altijd af van de omstandigheden van het geval. De financiële dienstverlener heeft zowel een informatieplicht, welke bestaat uit een onderzoeksplicht en mededelingsplicht, als een waarschuwingsplicht. Daarnaast kan er in het geval van optiehandel sprake zijn van een weigeringsplicht. De bijzondere zorgplicht bestaat dus voornamelijk uit een informatie-waarschuwings- en eventuele weigeringsplicht. De bijzondere zorgplicht geldt niet alleen ten opzichte van (toekomstige) cliënten, maar kan ook ten opzichte van derden gelden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Ook geldt de bijzondere zorgplicht bij vermogensbeheer, een minder complex product dan de opties of de effecten. Recent is bepaald dat de bijzondere zorgplicht ook kan gelden ten opzichte van ondernemingen, niet-zijnde een professionele belegger. Omdat de omstandigheden van het geval altijd doorslaggevend zullen zijn voor de toepasselijkheid van de bijzondere zorgplicht valt hieromtrent geen eenduidige handvatten te geven.

Het privaatrechtelijke- en het publiekrechtelijke stelsel bestaan niet los van elkaar maar worden steeds door elkaar beïnvloed. De financiële dienstverlener kan voor enige houvast voor de invulling van de informatie- waarschuwings- en weigeringsplicht aansluiting zoeken bij de publiekrechtelijke regels, maar moet onthouden dat de bijzondere zorgplicht, vanwege haar open normen, in de praktijk verder reikt dan de publiekrechtelijke zorgplicht.

Afkortingenlijst

ABV	Algemene Bankvoorwaarden
AFM	Autoriteit Financiële Markten
Art.	Artikel
Artt.	Artikelen
BgfoWft	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft
BW	Burgerlijk Wetboek
HR	Hoge Raad
MvT	Memorie van toelichting
SER	Sociaal Economische Raad
Wft	Wet Financieel Toezicht
Wte	Wet Toezicht effectenverkeer 1995

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal als eerste een korte probleembeschrijving worden gegeven. Hierin is de aanleiding van deze scriptie verwoord. Na de probleembeschrijving volgt de centrale vraag en de deelvragen. Verder wordt ingegaan op de methode van onderzoek. Tot slot volgt de leeswijzer en de terminologie.

1.1 Probleembeschrijving

reijnders advocaten werkt onder meer voor financiële dienstverleners zoals banken. Een financiële dienstverlener kan worden gedefinieerd als degene die een ander een financieel product dan wel een financieel instrument aanbiedt, die adviseert over een ander financieel product dan wel financieel instrument of die bemiddelt, herverzekeringsbemiddelt, optreedt als gevolmachtigd agent of optreedt als ondergevolmachtigde agent.¹

Financiële dienstverleners hebben tegenover hun cliënten een zorgplicht. De rechtsverhouding tussen financiële dienstverleners en haar cliënten (zowel zakelijk als particulier) wordt beheerst door twee verschillende wettelijke kaders omtrent deze zorgplicht. Enerzijds de publiekrechtelijke zorgplicht, geformuleerd door de wetgever, anderzijds de privaatrechtelijke zorgplicht, geformuleerd door de civiele rechter. Uit de privaatrechtelijke zorgplicht is in de jurisprudentie de zogenaamde 'bijzondere zorgplicht' ontstaan. De publiekrechtelijke zorgplicht vindt haar basis in de Wet financieel toezicht (hierna: Wft), en de privaatrechtelijke zorgplicht ligt in de meer algemenere normen uit het Burgerlijk Wetboek (hierna BW).² Daarnaast zijn ook de regels uit de Algemene Bankvoorwaarden (hierna ABV) van toepassing op elke overeenkomst die een bank aangaat. Ook hierin wordt een zorgplicht geformuleerd.³ De regels uit de Wft gelden voor financiële ondernemingen en andere partijen die actief zijn op de financiële markten.⁴ In de wet wordt aangegeven op welke product- en dienstencombinaties deze regels van toepassing zijn. Indien de financiële dienstverlener optreedt als adviseur, dan kan deze relatie worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht. In deze scriptie wordt gekeken naar de bijzondere zorgplicht die geldt wanneer er een adviesrelatie tussen de financiële dienstverlener en zijn cliënten bestaat. Artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Deze in acht te nemen zorg krijgt een nadere invulling per individueel geval. Naast artikel 7:401 BW geven ook bijvoorbeeld artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) en 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) een open norm waaraan de zorg van een financiële instelling kan worden getoetst. Bij de privaatrechtelijke zorgplicht staat het individuele geval centraal, en moet er per zaak gekeken worden of er sprake is van een al dan niet geschonden zorgplicht.⁵ De jurisprudentie geeft enig houvast over wanneer een financiële dienstverlener gehouden is aan een zorgplicht. Ook buiten overeenkomst heeft de Hoge Raad arresten gewezen. Zo wordt bijvoorbeeld in het Kelderluik-arrest bepaald dat er zorg in acht moet worden genomen indien er bepaalde (financiële) risico's dreigen.⁶

Uit de privaatrechtelijke zorgplicht is specifiek voor financiële instellingen een bijzondere zorgplicht gevormd. Financiële dienstverleners hebben een bijzondere zorgplicht tegenover cliënten waaraan zij diensten verlenen. De Hoge Raad heeft hierover herhaaldelijk bevestigd:

¹ Artikel 1 Wft

² Zie bijvoorbeeld artt. 6:162, 6:248, 7:400 en 7:401

³ Art. 2 Algemene Bankvoorwaarden 2009

⁴ Autoriteit Financiële Markten, Belangrijkste wijzigingen gedragstoezicht bij invoering Wft, oktober 2006

⁵ HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536 (*MeesPierson/Ten Bos*)

⁶ HR 5 november 1966, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*)

“dat de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.”⁷

Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer cliënten worden blootgesteld aan bijzondere risico's. Deze bijzondere zorgplicht berust niet op een wettelijke bepaling, maar is tot ontwikkeling gekomen binnen de jurisprudentie. De inhoud en reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht blijft echter tot op heden vaag, en hangt volgens de Hoge Raad samen met omstandigheden van het geval. Ook hier kan dus een open norm worden onderscheiden. De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners ten opzichte van particulieren is voor een belangrijk deel ontwikkeld in de jurisprudentie over effectenleaseproducten en optiehandel.⁸ Ook de al dan niet aanwezigheid van een bijzondere zorgplicht moet echter per geval bekeken worden.

Voor reijnders advocaten is het van belang te weten in welke situaties een financiële dienstverlener aan deze bijzondere zorgplicht gehouden is en op welke manier hieraan invulling gegeven kan worden. In deze scriptie wordt dan ook onderzocht of er een herkenbare lijn te vinden is in de bestaande jurisprudentie waaruit enig houvast kan worden afgeleid. Op deze manier kan reijnders advocaten haar cliënten (de financiële dienstverleners) beter informeren omtrent de zorgplicht en kunnen de dienstverleners zich derhalve beter voorbereiden en verdedigen voorafgaand en tijdens een proces. In deze scriptie zal vooral gekeken worden naar de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, omdat reijnders advocaten dit specifiek gevraagd heeft en het beperkte tijdsbestek geen ruimte geeft voor behandeling van beide stelsels. Dit omdat de publiekrechtelijke zorgplicht in de Wft concreet is geformuleerd en vorm heeft gekregen in de jurisprudentie. Voor de privaatrechtelijke zorgplicht en met name de bijzondere zorgplicht ligt dit anders. Het betreft hier vooral open normen, waaraan de rechter per concreet geval invulling geeft. Dit betreft dan ook de probleemstelling van deze scriptie; valt de bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht van financiële dienstverleners te concretiseren zodat hieraan een handvat kan worden ontleend voor gebruik in de praktijk? Er is echter sprake van samenhang tussen de publiekrechtelijke- en de privaatrechtelijke zorgplicht.⁹ Deze samenhang zal dan ook meegenomen worden in deze scriptie, maar de publiekrechtelijke zorgplicht wordt niet als losstaande zorgplicht behandeld.

1.2 Centrale vraag

De centrale vraag die in deze scriptieonderzocht wordt, luidt als volgt: wanneer heeft een financiële dienstverlener een bijzondere (privaatrechtelijke) zorgplicht jegens zijn (zowel particulier als zakelijke) cliënt en kunnen er aanbevelingen gegeven worden over de invulling van deze bijzondere zorgplicht?

1.3 Doelstelling

De doelstelling van dit onderzoek is het leveren van een afstudeerscriptie en het geven van advies, op 1 juni 2015, aan reijnders advocaten, inzake de invulling van de bijzondere zorgplicht zodat reijnders advocaten hun cliënten (financiële dienstverleners) beter kan informeren over de bijzondere zorgplicht die zij jegens hun cliënten hebben. Hiermee kan reijnders advocaten zich beter voorbereiden indien een cliënt van reijnders advocaten verweten wordt deze bijzondere zorgplicht geschonden te hebben.

Dit onderzoek is om meerdere redenen relevant. Zoals eerder vermeld is het voor financiële dienstverleners steeds lastiger om te weten wanneer zij nu precies moeten voldoen aan een

⁷ Zie onder andere HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536 (*MeesPierson/Ten Bos*), HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*)

⁸ De Vré2014, p. 281

⁹ Kamerstukken II 2005/06, 29 708

zorgplicht en op welke manier ze hieraan kunnen voldoen. Voor de advocaten zelf is het belangrijk een advies te krijgen over hoe zij haar cliënten hierover kunnen informeren. Hiervoor is het van belang dat zij zelf helder hebben wanneer er voldaan moet worden aan een zorgplicht, en hoe deze zorgplicht ingevuld moet worden.

1.4 Deelvragen

Om antwoord te kunnen geven op de centrale vraag van dit onderzoek zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Hoe is de privaatrechtelijke zorgplicht tot stand gekomen en hoe heeft deze zich ontwikkeld?
 - Welke invulling kan er op basis van jurisprudentie gegeven worden aan de privaatrechtelijke zorgplicht?
2. Hoe is de bijzondere zorgplicht tot stand gekomen en hoe heeft deze zich ontwikkeld?
 - Welke invulling kan er gegeven worden aan bijzondere zorgplicht?
3. Wat is de verhouding met de publiekrechtelijke zorgplicht in de Wft en heeft deze invloed op de invulling van de bijzondere zorgplicht?
4. Welk advies kan worden gegeven aan reizigers advocaten omtrent de bijzondere zorgplicht en de invulling hiervan?

1.5 Methode van onderzoek

Onderzoeksstrategie: Rechtsbronnen- en literatuuronderzoek

Om te kunnen onderzoeken wanneer een financiële dienstverlener een bijzondere zorgplicht heeft tegenover cliënten moet vooral rechtsbronnen- en literatuuronderzoek verricht worden. De bijzondere zorgplicht kent geen wettelijke basis maar is voortgekomen uit de privaatrechtelijke zorgplicht. Deze zorgplicht is veelal ontstaan in de jurisprudentie. Jurisprudentieonderzoek is dan ook de belangrijkste basis voor deze scriptie. Daarnaast is de zorgplicht vaak onderwerp geweest in de literatuur. Om een volledig beeld te verkrijgen van deze zorgplichten zal ook de literatuur geraadpleegd worden.

Bronnen: Documenten

Zoals hierboven omschrijven zal vooral gebruik gemaakt worden van documenten zoals jurisprudentie en de wet. De wet is het uitgangspunt van deze scriptie, hierop valt de privaatrechtelijke zorgplicht terug te voeren. Om deze wet goed te kunnen doorgronden zijn ook Kamerstukken zoals de memorie van toelichting van belang.

Methode: Inhoudsanalyse

Het doel van deze scriptie is om aan de hand van de beschikbare rechtsbronnen, literatuur en documenten de totstandkoming en de ontwikkeling van de bijzondere zorgplicht in kaart te brengen, hierin proberen een lijn te ontdekken en op basis van de resultaten aanbevelingen te doen. De inhoud van de beschikbare bronnen zal dus geanalyseerd moet worden waarna beantwoording van de centrale vraag mogelijk wordt.

1.6 Leeswijzer

De hoofdstukken 2 tot en met 5 vormen het centrale deel van deze scriptie. In deze hoofdstukken wordt inhoudelijk ingegaan op de (uitwerking van de) centrale vraag. Deze hoofdstukken zijn opgedeeld in deelvragen en eventuele sub-deelvragen, zoals omschreven in paragraaf 1.4. Hoofdstuk 2 gaat in op het ontstaan en de ontwikkeling van de privaatrechtelijke zorgplicht. Hierbij wordt jurisprudentie behandeld. Bij elk arrest worden de feiten beknopt beschreven en volgt daarna de uitspraak van de Hoge Raad (dan wel hof of rechtbank) en de relevantie van het arrest voor de ontwikkeling van de zorgplicht. Deze methode ten opzichte van jurisprudentie wordt in de rest van deze scriptie ook gebruikt. Het hoofdstuk eindigt met een tussenconclusie. In het derde hoofdstuk wordt de bijzondere zorgplicht behandeld. Eveneens wordt ingegaan op het ontstaan van deze zorgplicht en de ontwikkeling hiervan. Het vierde hoofdstuk behandelt de samenhang tussen de privaatrechtelijke zorgplicht enerzijds en de publiekrechtelijke zorgplicht anderzijds. Uiteen wordt gezet hoe deze zorgplichten zich tot elkaar

verhouden. Na het centrale deel van de scriptie volgen de conclusies en aanbevelingen in hoofdstuk 6. Hierbij worden er per hoofdstuk conclusies getrokken en volgen hieruit eventuele aanbevelingen. In dit hoofdstuk wordt eveneens antwoord gegeven op de centrale vraag.

1.7 Terminologie

In deze scriptie wordt met 'cliënt' bedoeld op de particuliere cliënt van de financiële dienstverlener, tenzij expliciet anders vermeld.

In deze scriptie wordt met 'informatieplicht' zowel de onderzoeksplicht als de mededelingsplicht van de financiële dienstverlener bedoeld, tenzij expliciet anders vermeld. De onderzoeksplicht behelst de verplichting voor de bank om onderzoek te doen naar onder andere de financiële positie van de cliënt in de precontractuele fase. In de contractuele fase behelst dit bijvoorbeeld de plicht voor de bank om zich ervan te vergewissen dat de belangen van de cliënt nog steeds gediend worden. De mededelingsplicht ziet op het verstrekken van adequate mededelingen omtrent de aard van het product en het op de hoogte houden van de cliënt tijdens de looptijd van het contract. In de literatuur worden deze termen vaak door elkaar gebruikt. Om verwarring te voorkomen wordt ééndefinitie gebruikt.

2 Privaatrechtelijke zorgplicht

Hoewel contractsvrijheid in het privaatrecht een grote rol speelt, komt partijen geen absolute vrijheid toe. Met andere woorden: er bestaat geen volledige partijautonomie.¹⁰ Partijen zijn in beginsel vrij om overeen te komen zoals zij willen, maar deze vrijheid kan beperkt worden door de wet.¹¹ Zo mag het aangaan van de overeenkomst, de inhoud van de overeenkomst of de strekking van de overeenkomst niet in strijd zijn met de wet, de goede zeden of de openbare orde.¹² Daarnaast heeft de overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar aard en overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.¹³ Deze wetsbepalingen hebben vaak het doel de zwakkere partij te beschermen.¹⁴ Dit geldt ook voor de privaatrechtelijke zorgplicht. Deze zorgplicht wordt in het algemeen omschreven als de verplichting om zorgvuldig om te gaan met de belangen van anderen. Wanneer partijen niet als gelijkwaardig kunnen worden aangemerkt, bijvoorbeeld omdat de ene partij meer kennis of macht heeft, is een zorgplicht voor de sterkere partij belangrijk.¹⁵ Deze zorgplicht moet in dit geval de zwakkere partij beschermen tegen eventuele risico's. Door middel van de zorgplicht wordt getracht de ongelijke verhouding tussen partijen gelijk te trekken.¹⁶

De privaatrechtelijke zorgplicht speelt zowel in de precontractuele fase als in de contractuele fase en de buitencontractuele fase een rol.

Zoals in de probleembeschrijving al is omschreven, wordt de rechtsverhouding tussen financiële dienstverleners en haar cliënten beheerst door twee verschillende kaders, de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke. In dit hoofdstuk wordt de privaatrechtelijke zorgplicht behandeld. Allereerst komt het ontstaan en de ontwikkeling van de privaatrechtelijke zorgplicht aan bod. Hierna wordt respectievelijk de privaatrechtelijke zorgplicht tijdens de precontractuele fase, de contractuele fase en de buitencontractuele zorgplicht besproken. Als laatste volgt een tussenconclusie.

2.1 Ontstaan van de privaatrechtelijke zorgplicht

2.1.1 Kelderluik-arrest

In 1965 spreekt de Hoge Raad voor het eerst van de zorgplicht van een partij jegens zijn wederpartij en schept hiermee een algemeen beoordelingskader voor onzorgvuldig gedrag. In het bekende Kelderluik-arrest gaat het om een kelderluik dat tijdens uitvoering van werk open blijft staan. De heer Sjouwerman, werkzaam bij Coca-Cola, moet een aantal flessen Coca Cola in de kelder van café De Munt plaatsen. Na het vullen moet hij elders in het café nog enkele lege flessen ophalen, en laat in deze tijd het kelderluik, dat zich bevindt in de gang die naar de toiletten leidt, open staan. Wanneer de heer Duchateau gebruik wil maken van de toiletten, valt hij op weg hier naar toe in het openstaande kelderluik en breekt hierbij zijn been. De rechtbank gaat uit van eigen schuld van de heer Duchateau, en overweegt:

¹⁰ Castermans 2012, p. 859

¹¹ Reehuis 2010, p. 3

¹² Artikel 3:40 lid 1 BW

¹³ Artikel 6:248 lid 1 BW

¹⁴ Loonen 2006, p. 370

¹⁵ Timmermans 2008, p. 39

¹⁶ Pijls 2010

“... dat alleen de uiterste onoplettendheid en zorgeloosheid bij Duchateau er oorzaak van heeft kunnen zijn dat hij in het keldergat is gestapt, aangezien de aanwezigheid van de kistjes zelve een met normale voorzichtigheid reagerende persoon zou hebben genoopt te kijken waar hij zijn voet neerzette, in aanmerking genomen de geringe ruimte welke er tussen de kistjes en de deur open was gebleven.”¹⁷

De heer Duchateau gaat tegen dit vonnis in hoger beroep. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt Coca-Cola tot vergoeding aan Duchateau van de helft van de kosten. Het hof overweegt hierbij dat Sjouwerman met eenvoudige middelen de toegang tot het kelderluik had kunnen barricaderen, en dat daarom ook hem schuld treft.

De Hoge Raad overweegt vervolgens aan de hand van vier criteria of er sprake was van gevaarzetting. Deze vier criteria zijn:

- o de mate van waarschijnlijkheid dat iemand niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid in acht neemt;
- o de kans dat uit deze niet-inachtneming ongevallen ontstaan;
- o de ernst die deze ongevallen kunnen hebben;
- o de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.¹⁸

Hoewel werd aangetoond dat er sprake was van een onrechtmatige daad aan de zijde van de heer Sjouwerman, moest de heer Duchateau opdraaien voor de helft van zijn kosten. De Hoge Raad neemt in dit arrest de “eigen schuld” van de heer Duchateau mee. De eigen schuld komt in paragraaf 3.2.1 aan bod.

De Kelderluik-criteria zijn in de basis bedoeld voor ongevallen in de letterlijke zin. Echter, in de literatuur betreffende zorgplichten wordt vaak uitgegaan van een analoge toepassing van de Kelderluik-criteria.¹⁹ Dit komt er op neer dat de Kelderluik-criteria ook opgaan in geval van ‘financiële gevaarzetting’.²⁰ Het leerstuk van gevaarzetting brengt met zich mee dat degene die de gevaarlijke situatie in het leven heeft geroepen voorzorgsmaatregelen moet treffen om diegene te beschermen die te lichtzinnig over de situatie denkt of hier onvoorzichtig mee omgaat.²¹ De financiële dienstverlener dient zijn cliënt te beschermen tegen zijn eigen lichtzinnigheid of gebrek aan kennis. Soms dient de financiële dienstverlener in te grijpen indien ‘financiële gevaarzetting’ dreigt, zelfs wanneer deze gevaarzetting door de cliënt zelf is gecreëerd.

2.1.2 Jetblast-arrest

Op grond van het Kelderluik-arrest wordt duidelijk dat een waarschuwing op zijn plek is in geval van gevaarzetting. In 2004 geeft de Hoge Raad in het Jetblast-arrest een maatstaf wanneer deze waarschuwing afdoende is.²² Op het vliegveld Princess Juliana op Sint-Maarten kijken veel toeristen naar de vliegtuigen die het vliegveld aan doen. Bij het hek staat een waarschuwingsbord met de tekst: *‘Warning! Low flying and departing aircraft blast can cause physical injury’*. Mevrouw Hartmann staat, ondanks het waarschuwingsbord, eveneens bij het hek naar een opstijgend vliegtuig te kijken. Wanneer de Boeing 747 zijn straalmotoren openzet, wordt mevrouw Hartmann door een jetblast de lucht in geworpen en komt terecht op een rots. Als gevolg hiervan ondervindt mevrouw Hartmann shock en letsel. Hierop stelt zij het vliegveld aansprakelijk voor de gelede schade. Het hof vindt dat het waarschuwingsbord voldoende waarschuwt voor de gevaren. De Hoge Raad denkt hier anders over. De Hoge Raad beoordeelt de zaak aan de hand van de hiervoor behandelde Kelderluik-criteria. Daarnaast gaat de Hoge Raad in op de vraag of de luchthaven met het plaatsen van het bord met een waarschuwing als

¹⁷ HR 5 november 1966, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*).

¹⁸ HR 5 november 1966, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*).

¹⁹ Jansen 2010, p.632

²⁰ Weenink 2009

²¹ Van Boom 2003, p.13

²² Giesen 2005, p.34

voldoende veiligheidsmaatregel gezien kan worden. Hieromtrent bepaalt de Hoge Raad het volgende:

“Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.”²³

De Hoge Raad is van mening dat het hof onvoldoende rekening heeft gehouden met het feit dat de luchthaven kon verwachten dat vele toeristen zich bij het hek zouden bevinden en dat deze toeristen, ondanks het waarschuwingsbord, toch bleven kijken naar de landende en opstijgende vliegtuigen.²⁴ Hoewel de toeristen gewaarschuwd worden door het bord, had het vliegveld dus moeten bedenken dat de waarschuwing op dit bord niet zou leiden tot het nalaten van de toeristen van het kijken naar de opstijgende vliegtuigen.

Geconcludeerd zou kunnen worden dat een waarschuwing pas afdoende is als deze daadwerkelijk effectief is. Hiermee is de waarschuwingsplicht als zorgplicht geïntroduceerd. De financiële dienstverlener zal dus niet kunnen volstaan met het enkele waarschuwen voor financiële gevaarzetting, maar zal zich ervan moeten vergewissen dat de cliënt zal handelen op een manier waardoor het gevaar wordt vermeden.

2.2 Privaatrechtelijke zorgplicht in de precontractuele fase

Al in de fase voorafgaand aan het sluiten van een contract hebben partijen een zorgplicht jegens elkaar. Dit geldt voor zowel particuliere als professionele partijen.²⁵ Partijen moeten rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.²⁶ Dit brengt bijvoorbeeld met zich mee dat partijen de onderhandelingen niet zomaar op elk gewenst moment mogen afbreken, en dat wanneer zij de onderhandelingen onrechtmatig afbreken, zij gehouden kunnen worden tot de betaling van een schadevergoeding. De Hoge Raad overwoog in het al in 1957 gewezen arrest Baris/Riezenkamp dat partijen in de precontractuele fase in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar staan:

“(…) door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaarkomen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.”²⁷

Het algemene leerstuk van de redelijkheid en billijkheid is neergelegd in artikel 3:12 BW. Partijen zijn bij overeenkomst gehouden zich te gedragen naar de eisen van redelijkheid en billijkheid zoals omschreven in artikel 6:2 BW en 6:248 BW, de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij de overeenkomst zijn betrokken.²⁸ Nu de Hoge Raad de redelijkheid en billijkheid eveneens van toepassing heeft verklaard in de precontractuele fase, dienen partijen zich niet alleen gedurende de looptijd van het contract te houden aan de vereisten van de redelijkheid en billijkheid, maar ook aan de periode voorafgaand aan het contract.²⁹

De redelijkheid en billijkheid is door de wetsgeschiedenis nauw verbonden met de goede trouw van artikel 2:11 BW. Onder het oude BW werd de term gebruikt ter aanduiding van alle eisen die aan partijen bij het sluiten van een overeenkomst werden gesteld.³⁰ Artikel 2:11 BW stelt dat de goede trouw van een persoon ontbreekt indien hij de feiten of het recht waarop zijn goede

²³ HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224 (*Jetblast*)

²⁴ Pape 2005, p. 9

²⁵ Rutten 2012, p. 314-315

²⁶ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*)

²⁷ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*)

²⁸ Artikel 3:12 BW en Jansen 2012, p. 24

²⁹ Jansen 2012, p. 24

³⁰ Van Schilfgaarde 1984, p. 61

trouw betrekking moet hebben, kende of behoorde te kennen. Dit behelst een onderzoeksplicht (*informatieplicht*) in de precontractuele fase. Deze informatieplicht komt ook duidelijk naar voor in de parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek:

“Wanneer men aanneemt dat iemand iets behoorde te kennen of behoorde te weten, berust dit in beginsel hierop dat hij, zo hij reden had om te twijfelen, zich door onderzoek van de werkelijke toestand op de hoogte had behoren te stellen. Het zal van de omstandigheden afhangen welk onderzoek – te beginnen met het vragen van nadere inlichtingen aan de wederpartij – van hem kan worden gevegd. Daarbij zal onder meer van belang zijn welke aanleiding tot twijfel bestond. Ook zullen een rol kunnen spelen het gewicht van de handeling waarbij goede trouw wordt vereist, en de druk waaronder die handeling moest worden verricht.”³¹

Indien een van de partijen twijfelt over de stand van zaken, dient deze partij onderzoek te doen om deze twijfel weg te nemen. Zowel de cliënt als de financiële dienstverlener zal zich tijdens de precontractuele fase moeten inspannen om, rekening houdend met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, deze twijfel bij zichzelf weg te nemen. Over deze informatieplicht volgt in hoofdstuk 3 meer.

Het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid is met betrekking tot het sluiten van een overeenkomst in het BW neergelegd in artikel 6:248 en vormt een van de open normen waardoor de zorgplichten in het privaatrecht worden beheerst. De eisen van de redelijkheid en billijkheid beperken zich niet tot de precontractuele fase, maar vormen een norm waaraan partijen gedurende de looptijd van het contract zijn gebonden.

2.3 Privaatrechtelijke zorgplicht in de contractuele fase

2.3.1 Overeenkomst van opdracht

Naast de normale zorg die partijen ten opzichte van elkaar in acht moeten nemen op grond van artikel 6:2 BW kan de relatie tussen de financiële dienstverlener en de cliënt in veel gevallen worden ondergebracht onder artikel 7:400 BW. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de financiële dienstverlener in een adviesrelatie staat tot de cliënt. De relatie tussen financiële dienstverlener en cliënt wordt zo getypeerd als een overeenkomst van opdracht. De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich tegenover een andere partij, de opdrachtgever, verbindt om werkzaamheden te verrichten. Deze werkzaamheden mogen niet binnen dienstverband worden verricht.³² De financiële dienstverlener is in dit geval dan de opdrachtnemer, de cliënt de opdrachtgever. Hierop is de algemeen geldende zorgplicht voor opdrachtnemers van toepassing, geformuleerd in artikel 7:401 BW.

“De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.”³³

Uit verschillende arresten van de Hoge Raad blijkt dat een opdrachtnemer de zorg van een goed opdrachtnemer in acht neemt wanneer hij zich gedraagt zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsgenoot mag worden verlangd.³⁴ Doet hij dit niet, dan kan er sprake zijn van wanprestatie. In een van deze arresten gaat het om het volgende: appellant, een deurwaarder, is opgetreden als gemachtigde van geïntimeerde, de cliënt, in een procedure ten overstaan van de kantonrechter waarin de cliënt ontbinding had gevorderd van een huurovereenkomst in verband met een forse huurachterstand. Op de dag dat de ontbinding van de huurovereenkomst en de ontruiming van de woning wordt gevorderd, zegt de huurster de huur op, waarna de advocaat van de huurster aan de cliënt laat weten dat de huurster er mee instemt dat de huurovereenkomst met onmiddellijke ingang wordt beëindigd. De

³¹ Par. Gesch. Boek 3 (inv. 3, 5 en 6), blz. 1029

³² De Jong 2008, p.48-50

³³ Artikel 7:401 BW

³⁴ Zie bijvoorbeeld HR 26 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0226, HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159, HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355

deurwaarder adviseert de cliënt de woning, tot aan het moment dat de procedure bij de kantonrechter is geëindigd, niet te betreden of opnieuw te verhuren.³⁵ Naar eigen zeggen zou dit neerkomen op eigenrichting. De huurster had de huur echter al opgezegd, waardoor de huurovereenkomst geëindigd was. De deurwaarder had dienen te adviseren de woning per die datum weer te betreden en eventueel opnieuw te verhuren. De deurwaarder heeft dus onjuist geadviseerd, waardoor de cliënt schade heeft geleden. Hij had de woning immers al kunnen verhuren, en loopt hierdoor inkomsten mis. De vraag is nu of dit advies ook daadwerkelijk wanprestatie oplevert. De rechtbank neemt als uitgangspunt dat er alleen sprake is van wanprestatie indien een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot (i.c. een deurwaarder) dit advies niet zou hebben gegeven. Dit criterium bevat twee elementen: het eerste betreft de vraag of het advies blijkt geeft van de vereiste kennis en vakbekwaamheid van degene die het heeft gegeven, en het tweede de vraag of bij het adviseren de nodige zorg en inspanning jegens de cliënt is betracht, en deze niet aan onnodige risico's is blootgesteld.³⁶ De Hoge Raad bepaalt dat er inderdaad sprake is van een onjuist gegeven advies, maar dat dit geen wanprestatie oplevert. Er zou enkel sprake van wanprestatie zijn indien een redelijk handelend vakgenoot dit advies niet zou hebben gegeven. De Hoge Raad vindt dat van een zodanig onzorgvuldig handelen geen sprake is.

Per concrete situatie zal getoetst moeten worden of de dienstverlener in zijn rol als opdrachtnemer zijn gedrag voldoende heeft afgestemd op de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.³⁷ Verder zijn de omstandigheden van het geval beslissend voor de vraag of een opdrachtnemer aan zijn algemene zorgplicht heeft voldaan. Dit is onder meer afhankelijk van wat gebruikelijk is in het maatschappelijk verkeer, hetgeen partijen onderling van elkaar hebben verwacht en mochten verwachten.

Om te handelen zoals een bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot moet de financiële dienstverlener voldoen aan zijn informatieverplichtingen. De financiële dienstverlener zal op eigen initiatief zijn cliënt van informatie omtrent de opdracht moeten voorzien, en niet enkel op verzoek van de cliënt.³⁸

Dit brengt met zich mee dat de financiële dienstverlener de cliënt van volledig en adequaat advies moet voorzien, risico's hierbij inbegrepen. Ook hieruit vloeit logischerwijs voort dat ook een informatieplicht van belang is. Een financiële dienstverlener kan geen adequaat en volledig advies verstrekken indien de persoonlijke situatie van de cliënt niet helder is. Zo zal vast moeten komen te staan of de cliënt de geadviseerde dienstverlening financieel aan kan, maar ook wat de precieze behoefte van de cliënt is.³⁹ Als een financiële dienstverlener niet voldaan heeft aan de informatie- of onderzoeksverplichting kan van adequate dienstverlening geen sprake zijn en is daarmee de zorg van een goed opdrachtnemer niet in acht genomen.

2.3.2 Algemene Bankvoorwaarden

De Algemene Bankvoorwaarden (hierna ABV) zijn basisvoorwaarden welke door alle banken in Nederland gehanteerd worden. Deze komt tot stand in overleg tussen de Nederlandse Vereniging van Banken en de Consumentenbond in het kader van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad (SER).⁴⁰ De ABV gelden voor zowel particulieren als zakelijke klanten, en is van toepassing op elke overeenkomst die een

³⁵ HR 26 april 1991, ECLI:NL:HR:ZC0226

³⁶ Michiels van Kessenich-Hoogendam 1982, p. 19-21

³⁷ Pijls 2010

³⁸ De Jong 2008, p.48-50

³⁹ Pijls 2010

⁴⁰ Sjobbema 2007, p. 124

bank aangaat, zowel bancair als niet-bancair.⁴¹ In de eigen voorwaarden voor een specifiek product kan een bank echter afwijken van de in de ABV genoemde voorwaarden.

In artikel 2 van de ABV is een zorgplicht geformuleerd. Hoewel van de andere voorwaarden contractueel afgeweken kan worden, kan de bank artikel 2 van de ABV niet contractueel worden afgeweken en is dus van toepassing op elk contract dat de bank sluit. Artikel 2 ABV is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid en luidt als volgt:

*“De bank neemt bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht en houdt daarbij naar beste vermogen rekening met de belangen van de cliënt. Geen van de bepalingen van deze algemene bankvoorwaarden of van de door de bank gebruikte bijzondere voorwaarden kan aan dit beginsel afbreuk doen.”*⁴²

Ook deze bepaling is ruim geformuleerd, waardoor uit deze bepaling niet duidelijk naar voren komt wanneer de bank onzorgvuldig heeft gehandeld.⁴³ Daarnaast behelst bovenstaand artikel een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting. Het artikel spreekt immers over “naar beste vermogen”. De bank zal zich dus naar beste behoefte inspannen om haar zorgplicht na te komen, maar is niet verplicht om resultaat te behalen.⁴⁴ Omtrent de schending van artikel 2 ABV bestaat geen jurisprudentie. Denkbaar is dat de cliënt een beroep op wanprestatie doet wanneer hij vindt dat de zorgplicht van artikel 2 geschonden is, omdat het artikel immers geldt op elk contract wat de bank sluit, bancair of niet-bancair.

2.4 Buitencontractuele zorgplicht

Ook buitencontractueel kan er sprake zijn van een zorgplicht. Zo oordeelde de Hoge Raad dat een financiële dienstverlener ook buiten de contractuele relatie gehouden is aan een zorgplicht. G. (verweerder in cassatie) drijft een verzekerings- en hypotheekkantoor, welke sinds 2001 heeft bemiddeld voor Roffelsen (eiseres tot cassatie) bij de totstandkoming van enkele verzekeringen, een hypotheek en bij het onderbrengen van beleggingen. In 2005 krijgt Roffelsen beschikking over een bedrag van €200.000. Zij spreekt hierover met G., en sluit naar aanleiding hiervan een overeenkomst van geldlening. Zij leent het bedrag aan Heuvel B.V., een makelaarskantoor waarvan G. direct of indirect bestuurder en enig aandeelhouder is. Het bedrag wordt aflossingsvrij en tegen een achteraf te betalen rente van 6% per jaar geleend. G. heeft de overeenkomst namens Heuvel B.V. getekend. In december 2005 wordt de overeenkomst gewijzigd: het rentepercentage wordt teruggebracht naar 2.6% per jaar en voortaan dient maandelijks afgelost te worden. Op 21 maart 2007 gaat Heuvel B.V. failliet.⁴⁵

Roffelsen vordert vervolgens de betaling van €192.081,80. Zij stelt dat G. onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld doordat hij haar voorafgaand aan de totstandkoming van de geldlening ten behoeve van zijn eigen belangen in Heuvel B.V. welbewust heeft blootgesteld aan risico's van de geldlening die zij niet had willen lopen indien zij die had gekend, zonder haar over die risico's te informeren. G. stelt dat hij inderdaad heeft gesproken over de lening aan Heuvel B.V., maar dat het hier niet ging om adviesgesprekken. Hij sprak met haar in de hoedanigheid als vertegenwoordiger van Heuvel B.V., en niet als adviseur. De rechtbank verwerpt het verweer en wijst de vordering toe. Het hof stelt dat Roffelsen zich bewust had moeten zijn van de eventuele belangenverstrengeling. Zij kon geen vertrouwen ontleen aan het feit dat hij lange tijd in de hoedanigheid van haar adviseur was opgetreden, en kon niet van hem verwachten dat hij haar belangen zou behartigen ten koste van zijn vrijheid om de belangen van Heuvel B.V. te behartigen. Volgens het hof volgt hieruit dat G. niet als opdracht nemend bemiddelaar kan worden beschouwd en hem geen schending van een daaruit voortvloeiende zorgplicht kan

⁴¹ www.nvb.nl (zoek op: algemene bankvoorwaarden)

⁴² Artikel 2 ABV

⁴³ Sjobbema 2007, p. 125

⁴⁴ Filott 2000

⁴⁵ HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6759

worden verweten.⁴⁶ In cassatie stelt Roffelsen dat er sprake was van een “vertrouwensband in een adviesrelatie”, en G. had Roffelsen moeten waarschuwen voor het feit dat hij niet meer optrad als adviseur, maar als behartiger van zijn eigen belang. Volgens de Hoge Raad rustte op G. een zorgplicht om haar duidelijk te wijzen op de risico’s die aan de geldlening aan Heuvel B.V. waren verbonden, dan wel naar haar naar een andere adviseur te verwijzen. G. werd immers benaderd door Roffelsen vanwege de bestaande advies- en vertrouwensrelatie, ook al was er in dit geval geen sprake van een adviesrelatie. De in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid bracht met zich mee dat hij de belangen van Roffelsen zou behartigen, ook al is er geen sprake van een contractuele verplichting.⁴⁷

De financiële dienstverlener heeft dus ook een buitencontractuele zorgplicht. Deze wordt gebaseerd op de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. De klant zal aan moeten tonen dat er gehandeld is in strijd met de door het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid. Daarnaast moet natuurlijk ook voldaan worden aan de overige vereisten voor een onrechtmatige daad. De onrechtmatige daad moet kunnen worden toegerekend aan de dader, er moet sprake zijn van schade, een causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade is vereist, en de door de dader overtreden norm moet zijn geschreven ter bescherming van het geschonden belang.⁴⁸

2.5 Tussenconclusie

Op grond van zowel het Kelderluik-arrest als het Jetblast-arrest is het duidelijk dat de financiële dienstverlener ‘financiële gevaarzetting’ voor de cliënt moet voorkomen, en dat de financiële dienstverlener de cliënt hiervoor adequaat moet waarschuwen. De privaatrechtelijke zorgplicht vindt haar grond op basis van meerdere normen. De gegeven normen zijn echter ruim geformuleerd en moeten per concreet geval ingevuld worden. Zoals bepaald in het arrest Baris/Riezenkamp moeten partijen al tijdens de precontractuele fase rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en verwachtingen. Deze fase wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. In deze fase moet de financiële dienstverlener zijn informatieplicht ten uitvoer leggen; zij moet bijvoorbeeld onderzoek doen naar de financiële positie van de cliënt. De eisen van de redelijkheid en billijkheid blijven tijdens de gehele looptijd van het contract gelden.

In de contractuele fase wordt de rechtsverhouding tussen financiële dienstverlener en cliënt veelal beheerst door artikel 7:400 BW, waardoor deze rechtsverhouding kan worden gedefinieerd als een overeenkomst van opdracht. Op deze overeenkomst is de zorgplicht van artikel 7:401 BW van toepassing. Een opdrachtnemer handelt in overeenstemming met de zorgplicht van artikel 7:401 BW indien hij zich gedraagt zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsgenoot mag worden verlangd en handelt naar de belangen van zijn cliënt. Ook hieruit kan worden geconcludeerd dat op de financiële dienstverlener zowel een informatie- als een onderzoeksverplichting rust. Een financiële dienstverlener moet zich er tijdens de looptijd van het contract steeds van vergewissen dat zij handelt naar de belangen van haar cliënt, en dat een andere financiële dienstverlener (een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot) in dezelfde situatie hetzelfde had gehandeld. Wordt hier niet aan voldaan, dan pleegt de opdrachtnemer wanprestatie en kan hij aansprakelijk worden gesteld voor de schade van de opdrachtgever.

Naast de zorgplicht van een goed opdrachtnemer bestaat voor de bank de zorgplicht geformuleerd in artikel 2 ABV. De in de ABV geformuleerde zorgplicht is van toepassing op elke overeenkomst die de bank aangaat. De bank belooft hierin de nodige zorgvuldigheid te zullen betrachten en naar beste vermogen rekening te houden met de belangen van de cliënt. Ook dit artikel geeft een open norm.

⁴⁶ HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6759

⁴⁷ HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6759

⁴⁸ Artikel 6:162 en 6:163 BW

Naast de precontractuele zorgplicht en de contractuele zorgplicht bestaat ook de buitencontractuele zorgplicht. De wettelijke basis hiervoor is de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. Aangetoond zal dan moeten worden dat de financiële dienstverlener heeft gehandeld in strijd met de door het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid en dat voldaan is aan de overige vereisten van de onrechtmatige daad.

3 Bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht

Na de behandeling van de privaatrechtelijke zorgplicht volgt in dit hoofdstuk de behandeling van de bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht. Deze bijzondere zorgplicht vloeit voort uit de privaatrechtelijke zorgplicht en is met name tot ontwikkeling gekomen in de jurisprudentie. De bijzondere zorgplicht is aangenomen ten aanzien van verschillende beroepsgroepen, en strekt tot de bescherming van de cliënt. In dit hoofdstuk staat de bijzondere zorgplicht van de bank in de hoedanigheid als adviseur centraal. Deze adviesrelatie kan worden geclassificeerd als een overeenkomst van opdracht zoals bedoeld in artikel 7:400 BW. De Hoge Raad heeft een standaardoverweging omtrent de privaatrechtelijke zorgplicht ontwikkeld welke in vele uitspraken terug te vinden is:

*"De maatschappelijke functie van een bank brengt een bijzondere zorgplicht met zich mee, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval."*⁴⁹

In de eerste paragraaf wordt het ontstaan van de bijzondere zorgplicht behandeld. Hierna volgt in de volgende paragrafen de ontwikkeling die de bijzondere zorgplicht in de jurisprudentie heeft doorgemaakt. Ook dit hoofdstuk eindigt met een tussenconclusie.

3.1 Ontstaan van de bijzondere zorgplicht

3.1.1 Groninger notaris-arrest

De Hoge Raad sprak voor het eerst van een bijzondere zorgplicht van een bepaalde beroepsgroep in het Groningse huwelijkse voorwaarden-arrest. Eiseres huwt in 1951, op huwelijkse voorwaarden, met Z. Eind 1973 raakt Z, toen notaris in Groningen, in financiële moeilijkheden. Eiseres stelt dat zij hiervan niet op de hoogte was, maar deze moeilijkheden hadden de aandacht van de bevoegde Kamer van Toezicht⁵⁰. Tijdens een vergadering van de Kamer van Toezicht stelt notaris Y, gedaagde, aan Z. voor om het huwelijksgoederenregime om te zetten in een algehele gemeenschap van goederen. Z. heeft de notariële akte opgemaakt en hiervoor de benodigde toestemming van de rechtbank verkregen. Het motief voor de wijziging luidt als volgt:

*"Bij de man staat voorop een goede verzorging van zijn echtgenote en deze verzorging is naar de mening van verzoekers het best gegarandeerd wanneer tussen verzoekers de wettelijke algehele gemeenschap van goederen zal bestaan."*⁵¹

Na mondeling toelichting van eiseres en Z., wordt de akte door gedaagde verleden op 11 april 1974. De consequenties van de omzetting waren destijds voor eiseres niet duidelijk. In 1979 wordt vervolgens een scheiding van tafel en bed uitgesproken tussen eiseres en Z. Bij de verdeling van de gemeenschap blijkt vervolgens dat Z. vrijwel het gehele vermogen van eiseres heeft aangewend voor het betalen van zijn schulden.

Eiseres beticht de gedaagde (notaris Y) vervolgens van een onrechtmatige daad jegens haar. Gedaagde zou nagelaten hebben haar te wijzen op de consequenties van de wijziging van de huwelijkse voorwaarden. De Hoge Raad bepaalt als volgt:

⁴⁹ Zie onder andere HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713

⁵⁰ Nu: Kamer voor het notariaat

⁵¹ HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586

“Onder deze omstandigheden had notaris Y. aan die omzetting niet mogen meewerken dan na zich(...) ervan te hebben vergewist dat X., die naar hij wist juridisch een leek was, dat risico voldoende beseftte. De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.”⁵²

De Hoge Raad laat in dit arrest zien dat de bijzondere zorgplicht in bepaalde gevallen verder strekt dan de normaal in acht te nemen zorgvuldigheid. De bijzondere zorgplicht wordt door de Hoge Raad niet alleen aangenomen voor de notaris, maar ook voor bijvoorbeeld de advocaat⁵³ en de accountant⁵⁴. De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners is in de rechtspraak echter voornamelijk tot ontwikkeling gekomen ten aanzien van de bank. Volgens vaste rechtspraak vloeit deze zorgplicht voort uit de bijzondere functie die de bank in het maatschappelijk verkeer vervult, waar zij als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverlener bij het publiek een bepaald vertrouwen geniet.⁵⁵

3.2 De optiehandel-arresten

Ook ten aanzien van banken wordt een zorgplicht aangenomen die verder strekt dan de algemene zorgplicht op grond van de redelijkheid en billijkheid of de zorg van een goed opdrachtnemer op grond van artikel 7:401 BW. De eventuele bijzondere zorgplicht van een financiële dienstverlener komt voor het eerst aan bod in het arrest Haanstra/Rabobank, waar de Hoge Raad een beroep op schending van de zorgplicht nog afwees. De bank voerde hier optie-orders van de cliënt uit, terwijl deze niet meer aan zijn margeverplichtingen voldeed.⁵⁶ Enkele jaren later komt de Hoge Raad hier in het arrest Dinkgreve/ING echter op terug: een bank komt volgens de Hoge Raad haar bijzondere zorgplicht niet na indien zij optie-orders van de cliënt uitvoert terwijl de cliënt niet meer aan zijn margeverplichtingen voldoet of kan voldoen.⁵⁷

3.2.1 Rabobank/Everaars-arrest

Later in 1997 wijst de Hoge Raad het arrest Rabobank/Everaars. In dit arrest betrof de financiële dienstverlener wederom een bank. Everaars heeft middels een erfenis een flink vermogen verkregen. Dit vermogen is hij vervolgens via de Rabobank gaan beleggen in opties.

Opties zijn verhandelbare rechten op onderliggende waarden, bijvoorbeeld aandelen of obligaties. Deze opties geven het recht om gedurende een vooraf vastgestelde tijdsperiode tegen een vooraf vastgestelde prijs een hoeveelheid van deze waarden te kopen (calloptie) of te verkopen (putoptie).⁵⁸ Zo kan bijvoorbeeld een calloptie worden genomen op een aandeel (vaak gaan deze echter per 100 aandelen). Er wordt dan een recht gekocht om dat aandeel binnen een bepaalde tijd voor een bepaalde prijs te kopen. Hiervoor wordt een premie betaald aan degene die dit recht verleent. Call- en putopties kunnen geschreven worden of gekocht. De koper van een call- of putoptie koopt het *recht* om een bepaalde onderliggende waarde te kopen of te verkopen, de schrijver van een call-of putoptie *verplicht* zich om een bepaalde onderliggende waarde te kopen of te verkopen. In de optiehandel komt het regelmatig voor dat de schrijver van opties het gehele ingelegde vermogen kwijtraakt en zelfs met een restschuld achterblijft wanneer de schrijver van de opties niet in bezit is van de onderliggende waarde (ongedekt schrijven). De beurs eist daarom dat voldoende onderpand aanwezig is om de grote risico's van ongedekt schrijven op te kunnen vangen.

⁵² HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586

⁵³ HR 14 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0962

⁵⁴ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV3385

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*); HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686; HR 11 juli 2003, ECLI:NL:RBROT:2002:AF2005

⁵⁶ HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3288 (*Haanstra/Rabobank*)

⁵⁷ HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2256 (*Dinkgreve/ING*)

⁵⁸ Cherednychenko 2010

Tussen 20 juni 1989 en 19 februari 1990 voldoet Everaars niet aan deze gestelde limieten en bestaat er een tekort op de margeverplichtingen. Everaars is in deze periode veelvuldig gewaarschuwd door de bank en is nadrukkelijk gewezen op de noodzaak van het aanvullen van de margeverplichtingen. De bank werkt echter nog steeds mee aan het schrijven van opties. In deze periode lijdt hij vervolgens flinke verliezen. Hierna wordt de optiepositie van Everaars gefaseerd afgebouwd en wordt eveneens zijn effectenportefeuille verkocht. Everaars stelt de bank vervolgens aansprakelijk voor de door hem geleden verliezen. Hij stelt dat de bank hem onterecht heeft toegestaan risicovolle shortposities in opties in te nemen en vervolgens de plicht om de margeverplichting te bewaken heeft verzaakt.

Het hof bepaalt het volgende:

“Gelet op de mogelijk zeer grote risico's die de cliënt-belegger bij de handel in opties kan lopen, is de bank – als bij uitstek professioneel en deskundig op dit terrein – hier jegens particuliere, niet professionele cliënten tot een bijzondere zorgplicht gehouden.”⁵⁹

Het hof neemt hier voor het eerst een zorgplicht voor de bank aan. Deze zorgplicht geldt ten opzichte van particulieren, niet-professionele cliënten. Het hof stelt de bank vervolgens aansprakelijk voor 50% van de geleden verliezen door Everaars. Het niet voldoen aan de margeverplichtingen levert voor Everaars een dusdanig groot risico op, dat de bank niet kan volstaan met veelvuldige en uitdrukkelijke waarschuwingen. Zeker nu de bank, ondanks het doen van deze waarschuwingen, toch medewerking verleent aan het schrijven van opties. De ernst van de waarschuwingen kan daarmee in twijfel worden getrokken. In het eerder genoemde Jetblast-arrest heeft de Hoge Raad immers overwogen dat een waarschuwing slechts een afdoende maatregel is indien deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.⁶⁰ De bank heeft dan ook niet voldaan aan zijn *waarschuwingsplicht*. Op de bank rust in de contractuele fase dus een waarschuwingsplicht. Indien de bank in strijd met haar eigen waarschuwing handelt, kan dit gezien worden als schending van de zorgplicht.

Wel gaat de Hoge Raad mee met het standpunt van het hof dat ook Everaars schuld treft. De Hoge Raad geeft aan dat er sprake kan zijn van “eigen schuld” van de cliënt. De omvang van de zorgplicht kan in dat geval worden verminderd. De bank heeft Everaars herhaaldelijk gewezen op de ontstane margetekorten en de daaraan verbonden risico's. Op grond van artikel 6:101 BW wordt de vergoedingsplicht in dat geval verminderd door de schade over zowel Everaars als de bank te verdelen. Dit in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.⁶¹ Het hof bepaalt dat de zorgplicht van de bank tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Bij de verdeling van de vergoedingsplicht op grond van artikel 6:101 BW bepaalt het hof dat de fouten van de cliënt, die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien, in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de bank waardoor deze in die zorgplicht is tekortgeschoten.

3.2.2 Van der Klundert/Rabobank-arrest

In het Van der Klundert/Rabobank-arrest zet de Hoge Raad de lijn uit Rabobank/Everaars voort. Ook in dit arrest lijdt een cliënt schade als gevolg van risicovolle optietransacties waarbij de margeverplichtingen niet in acht werden genomen. De Hoge Raad geeft in dit arrest een maatstaf voor de omvang van de bijzondere zorgplicht.

⁵⁹ HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*)

⁶⁰ HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224 (*Jetblast*), zie hierover paragraaf 2.1.2

⁶¹ Artikel 6:101 lid 1 BW

“De omvang van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de eventuele deskundigheid van de cliënt, diens inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd.”⁶²

Onder de omstandigheden van het geval wordt onder andere ook de deskundigheid van de cliënt en dienst inkomens- en vermogenspositie meegenomen. Dit impliceert een *informatieplicht* van de bank in de precontractuele fase. In het meer recente arrest Rabobank/X heeft de Hoge Raad een richtlijn gegeven omtrent de informatieplicht van de bank. Deze plicht voor de bank houdt in dat hij vóór het sluiten van de overeenkomst onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden van de cliënt, de deskundigheid van de cliënt, de doelstellingen van de cliënt en de risicobereidheid van de cliënt. Dit betreft dan de *onderzoeksplicht*. Naar aanleiding van het onderzoek van de bank dient een cliëntprofiel op te worden gesteld.⁶³

3.2.3 Kouwenberg/Rabobank-arrest

In het arrest Kouwenberg/Rabobank breidt de Hoge Raad de omvang van de zorgplicht nogmaals uit. Kouwenberg heeft als cliënt van de Rabobank in opties gehandeld. Dit onder andere in de vorm van het schrijven van putopties. In oktober 1987 kan hij niet meer aan zijn margeverplichtingen voldoen. Hierop gaat de bank over tot liquidatie van zijn gehele effectenportefeuille. Kouwenberg vordert teruglevering van de effectenportefeuille van de bank met als grondslag dat de Rabobank niet voldaan heeft aan haar zorgplicht. Het hof oordeelt dat niet onder alle omstandigheden de plicht op de bank rust om zich te houden aan de margeverplichtingen door opdrachten voor optietransacties te weigeren of tot sluiting van optieposities over te gaan. Dit met name wanneer de cliënt zelf heeft aangegeven de margeverplichting niet in acht te willen nemen in de hoop zijn verlies te kunnen beperken. De Rabobank heeft Kouwenberg herhaaldelijk gewezen op en gewaarschuwd voor de risico's die de margetekorten met zich mee brachten. Kouwenberg was echter niet te overtuigen. Het hof wil dus geen weigeringsplicht aannemen. De Hoge Raad oordeelt in het licht van het arrest Rabobank/Everaars dat het hof op dit punt geen gelijk heeft.

“De strekking van de op de bank als professionele en op het risicovolle terrein van optietransacties deskundige dienstverlener rustende bijzondere zorgplicht – bescherming van de particuliere cliënt tegen het gevaar van eigen lichtzinnigheid of gebrek aan inzicht – dwingt ertoe aan te nemen dat, anders dan het Hof heeft geoordeeld, een bank in beginsel in strijd met die zorgplicht handelt indien zij haar cliënt volgt in diens uitdrukkelijke wens dat, niettegenstaande hij niet voldoet aan de gebruikelijke margeverplichting, uitvoering wordt gegeven aan een door hem verstrekte opdracht tot het schrijven van putopties in de hoop dat de beurs wel weer zal aantrekken en zijn verlies beperkt zal blijven.”⁶⁴

In sommige gevallen rust er op de bank dus zelfs een *weigeringsplicht*. Dit is een vergaande vorm van beleggersbescherming. Deze weigeringsplicht strekt ertoe de belegger te beschermen tegen zogenaamde “*loss aversion*”, aversie tegen verliezen. Beleggers houden hun verliesgevende opties aan in de hoop dat deze later weer meer waard zullen worden, hoewel de kans aanwezig is dat deze alleen nog maar meer verlies opleveren. Op deze manier kan de cliënt in een positie komen waarin zij hun verliesgevende situatie niet meer kan dragen, maar wel aanhoudt.⁶⁵

3.2.4 Standaardoverweging n.a.v. de optiehandel-arresten

Door middel van het arrest Rabobank/Everaars en de daarop volgende arresten Van de Klundert/Rabobank⁶⁶ en Kouwenberg/Rabobank⁶⁷ is een standaardoverweging door de Hoge

⁶² HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (*Van de Klundert/Rabobank*)

⁶³ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914 (*Rabobank/X*)

⁶⁴ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*)

⁶⁵ Pijls 2009, p.259

⁶⁶ HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (*Van de Klundert/Rabobank*)

⁶⁷ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*)

Raad vastgesteld. Deze standaardoverweging wordt in meerdere arresten herhaald en luidt als volgt:

“Een bank die van haar particuliere cliënten opdrachten tot het uitvoeren van optietransacties ontvangt, is als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn. Deze zorgplicht - die naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, zodat, indien dat gevaar zich verwezenlijkt, bij de toepassing van de artikel 6:101 BW opgenomen maatstaf fouten van de cliënt die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortkomen in beginsel minder zwaar wegen dan fouten van de bank waardoor deze in die zorgplicht is tekortgeschoten – vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen. De omvang van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de eventuele deskundigheid van de cliënt, dienst inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd.”⁶⁸

De volgende conclusies kunnen worden getrokken naar aanleiding van de optiehandel-arresten:

- o De bijzondere zorgplicht is aangenomen ten aanzien van *particuliere* cliënten;
- o De bijzondere zorgplicht wordt gekoppeld aan de complexiteit van het product en de hieraan verbonden financiële risico's voor de particuliere cliënt;
- o De strekking van de zorgplicht is de cliënt te beschermen tegen haar eigen gebrek aan kennis en kunde omtrent de optiehandel;
- o De omvang van de bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval;
- o Onder omstandigheden van het geval kunnen in ieder geval worden meegenomen: de eventuele deskundigheid van de cliënt, dienst inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd;
- o Uit deze omstandigheden vloeit voor de bank zowel een informatie- als een waarschuwingsplicht voort;
- o Voor de bank kan zelfs een weigeringsplicht bestaan indien de cliënt opties wil schrijven maar niet langer kan voldoen aan zijn margeverplichtingen;
- o De bij de particuliere cliënt ontstane schade wordt in evenredigheid met de mate waarin zowel de cliënt als de bank hebben bijgedragen aan de schade verdeeld.

3.3 Uitbreiding zorgplicht jegens derden

In de voorgaande paragrafen is besproken hoe de bijzondere zorgplicht tot ontwikkeling is gekomen ten aanzien van haar gecontracteerde cliënten. In 1998 en 2005 spreekt de Hoge Raad zich uit over de bijzondere zorgplicht die de bank heeft jegens derden.

3.3.1 MeesPierson/Ten Bos-arrest

De moeder van de minderjarige dochters Ten Bos krijgt via erfstelling het vruchtgebruik over het vermogen van haar dochters. De gevolmachtigde van de moeder, Ten Cate, boekt een gedeelte van het vermogen over naar een rekening bij MeesPierson op naam van de dochters Ten Bos, onder toevoeging van de woorden 'kapitaal blote eigendom'. Ten Cate belegt het overgeboekte vermogen vervolgens op speculatieve wijze. Hieruit vloeit voort dat een flink vermogensverlies op het vermogen resteert. De dochters stellen vervolgens MeesPierson aansprakelijk voor het geleden verlies en stellen dat de bank hen of hun moeder had moeten waarschuwen voor de

⁶⁸ Zie onder andere HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*), HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*), HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (*Van de Klundert/Rabobank*), HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3288

risico's die verbonden waren aan deze wijze van beleggen. De Hoge Raad oordeelt dat MeesPierson inderdaad tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens de dochters Ten Bos.

*“Het Hof heeft terecht geoordeeld dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht met zich meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.”*⁶⁹

Gezien de casuspositie kan het feit dat de bank rekening moet houden met de belangen van de dochters gezien worden als gevolg van de contractuele verplichting tussen de bank en de moeder van de dochters dan wel de gevolmachtigde van de moeder. De rekening werd immers geopend op naam van de dochters, met als toevoeging ‘kapitaal blote eigendom’.⁷⁰

Ook in de optiehandel-arresten spreekt de Hoge Raad van een maatschappelijke functie van de bank waaruit een bijzondere zorgplicht voortvloeit. Deze bijzondere zorgplicht wordt echter gekoppeld aan de zeer grote risico's van een bepaald product. In het MeesPierson/Ten Bos-arrest spreekt de Hoge Raad niet over een verband tussen de bijzondere zorgplicht en grote risico's. Aangenomen zou kunnen worden dat er op banken in het algemeen een bijzondere zorgplicht rust. In de literatuur komt naar voren dat dit in de praktijk niet tot verschillende uitkomsten zal leiden, omdat de reikwijdte van de zorgplicht afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Wanneer er sprake is van een bijzondere zorgplicht die altijd op de bank rust, wordt deze minder snel aangenomen indien er sprake is van geringe risico's. Rust de bijzondere zorgplicht enkel op de bank indien er sprake is van grote risico's, komt in het geval van geringe risico's de schending van de zorgplicht geheel niet aan bod.⁷¹

3.3.2 Safe Haven-arrest

In 2005 laat de Hoge Raad zich opnieuw uit over de bijzondere zorgplicht van banken jegens derden. Save Haven B.V. opent bij Fortis een rekening waarop 42 beleggers vervolgens geld storten. Save Haven belegt een gedeelte van het geld onder andere in futures en verliest dit geld. Het betreft uiteindelijk een bedrag van f 16.172.845,-. Save Haven blijkt niet over de vereiste vergunningen te beschikken om als vermogensbeheerder op te treden. De 42 beleggers verenigen zich in Stichting Volendam (hierna: de stichting). De stichting vordert een verklaring voor recht dat Fortis toerekenbaar tekort is geschoten en onrechtmatig jegens de stichting heeft gehandeld. De stichting stelt dat Fortis wist of behoorde te weten dat Save Haven niet beschikte over de vereiste wettelijke vergunningen als bedoeld in de Wet Toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Wte) en de Wet toezicht beleggingsinstellingen om als vermogensbeheerder werkzaam te zijn, terwijl zij dit feitelijk wel deed. Fortis had de rekening moeten sluiten op het moment dat zij wist of behoorde te weten dat Save Haven in strijd met de Wte handelde. Het Hof Amsterdam oordeelt dat Fortis na het openen van de rekening bekend moet zijn geraakt met de beleggingsactiviteiten van Save Haven en dat zij zich heeft gerealiseerd dat de activiteiten mogelijk in strijd waren met de Wte. De bank had hiernaar onderzoek moeten doen, met name vanwege de omvang van de op de rekening gestorte bedragen en de mate waarin aan leidinggevende personen binnen Fortis bekend was of moet zijn geweest wat met die stortingen werd beoogd.⁷² De Hoge Raad stelt dat het hof terecht heeft geoordeeld aan de hand van het criterium dat eerder ontwikkeld is in het MeesPierson/Ten Bos-arrest. Zo stelt de Hoge Raad:

⁶⁹ HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536 (Mees Pierson/Ten Bos)

⁷⁰ Zie de noot van M.R. Mok bij het arrest HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (Safe Haven)

⁷¹ Pijls2010

⁷² Hof Amsterdam 19 januari 2004, JOR 2004, 110

“...dat de maatschappelijke functie van de bank een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoort, naar het hof evenzeer terecht heeft geoordeeld, dat de bepalingen van de Wte, blijkens de wetsgeschiedenis, mede strekken tot bescherming van de belangen van de beleggers.”⁷³

Waar bij het arrest MeesPierson/Ten Bos-arrest kon worden beargumenteerd dat er sprake was van een “sequeel” van de contractuele zorgverplichting, ligt dat in dit arrest anders. De Hoge Raad heeft in het Safe Haven-arrest onomstotelijk vastgesteld dat de maatschappelijke positie van de bank met zich mee kan brengen dat de bank rekening dient te houden met de belangen van derden, ook wanneer dit geen direct gevolg is van een contractuele relatie.⁷⁴

3.4 Effectenlease-arresten

De bijzondere zorgplicht heeft zich na de optiehandel-arresten vooral verder ontwikkeld met betrekking tot effectenleaseovereenkomsten. Op 5 juni 2009 wijst de Hoge Raad drie belangrijke arresten omtrent effectenleaseovereenkomsten.⁷⁵ Effectenlease is de constructie waarin de cliënt geld leent van de bank, en dat geld vervolgens wordt belegd in effecten. De effectenlease-arresten komen in grote lijnen sterk met elkaar overeen. Hieronder zal dan ook eerst per arrest een overzicht van de feiten volgen. Hierna volgt een bespreking van de beslissing van de Hoge Raad in alle drie de arresten. De onderstaande zaken betreffen proefprocedures. Hiermee is beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking te verkrijgen.⁷⁶

3.4.1 Feiten en uitspraak bij rechtbank en hof

Levob/B.-arrest

Een echtpaar (B. en echtgenote) sluit in 1998 met Levob een aantal effectenleaseovereenkomsten. Bij beëindiging van de overeenkomsten op 7 december 2004 bedraagt de restschuld f40.911,55. B. vordert vervolgens dat voor recht wordt verklaard dat de effectenleaseovereenkomsten rechtsgeldig buitengerechtelijk zijn vernietigd, althans deze effectenleaseovereenkomsten te vernietigen op grond van dwaling en subsidiair dat voor recht wordt verklaard dat Levob toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens B. en/of dat Levob onrechtmatig jegens B. heeft gehandeld. De rechtbank verklaart voor recht dat Levob toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens B. en veroordeelt Levob tot vergoeding van 75% van de door het echtpaar geleden schade. Het hof veroordeelt Levob eveneens tot betaling aan B. Ook de Hoge Raad gaat hierin mee.⁷⁷

De Treek/Dexia-arrest

In 2000 sluit De Treek een effectenleaseovereenkomst met (een voorganger van) Dexia, ‘KoersExtra’. Het gaat om een aflossingsproduct, een product dat na het einde van de looptijd in principe niet met een restschuld kan eindigen, waarbij periodiek op de geldlening wordt afgelost. Vanaf november 2002 voldoet De Treek niet meer aan zijn betalingsverplichtingen, waarop Dexia de overeenkomst in oktober 2003 voortijdig beëindigt. De Treek is Dexia op dat moment een bedrag verschuldigd van €1.130,21. Dexia vordert in eerste aanleg De Treek te veroordelen tot betaling van het verschuldigde bedrag en in reconventie vordert De Treek vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling en terugbetaling van door hem

⁷³ HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*)

⁷⁴ Zie de noot van M.R. Mok bij het arrest HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*)

⁷⁵ Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*)

⁷⁶ Cherednychenko 2010

⁷⁷ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Levob/Bolle*)

reedsbetaalde maandtermijnen. De rechtbank veroordeelt de Treek tot betaling van €1.703,07. In hoger beroep veroordeelt het hof De Treek tot betaling van 20% van de €1.703,07.⁷⁸

____ Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon-arrest

Stichting Gedupeerden Spaarconstructie (hierna: GeSp) treedt in deze zaak op in het belang van afnemers van product 'Aegon SprintPlan'. Dit product betreft effectenleaseovereenkomsten verkocht tussen 1997 en 2001. Aegon garandeerde tot op een bepaalde hoogte dat de waarde van de aandelen aan het eind van de looptijd voldoende zouden zijn om hun schuld bij Aegon af te lossen. In geval van tussentijdse beëindiging van de overeenkomst gold deze garantie niet, en kon er zelfs sprake zijn van een boeterente. Veel beleggers lijdten als gevolg van deze constructie schade. GeSp vordert een verklaring voor recht dat de overeenkomsten nietig althans vernietigbaar zijn wegens strijd met dwingende wetbepalingen. Dit betreft de Wte en de daarop gebaseerde regelgeving en uitvoeringsbesluiten. Als gevolg van de nietigheid zou Aegon gehouden zijn om alle betalingen die de beleggers aan Aegon hebben gedaan terug te betalen. Daarnaast stelt GeSp dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld jegens de beleggers en als gevolg daarvan alle schade die de beleggers geleden hebben of nog zullen lijden moet vergoeden. De rechtbank verklaart dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld jegens de beleggers. Het hof bekrachtigt het vonnis. De Hoge Raad is eveneens dezelfde mening toegedaan en merkt op dat het voor het antwoord op de vraag of Aegon is tekortgeschoten in de nakoming van de bijzondere zorgplicht niet van belang is dat bepaalde beleggers als gevolg van dit onrechtmatig handelen geen schade hebben geleden, zoals de bank wel heeft betoogd.⁷⁹

3.4.2 Dwaling

In de effectenlease-arresten wordt door de cliënten beroep gedaan op dwaling. Volgens artikel 6:228 BW is een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, vernietigbaar.⁸⁰ Voor een geslaagd beroep op dwaling moet er sprake zijn van een causaal verband tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst. De Hoge Raad honoreert in geen van de arresten het beroep op dwaling. Hierbij overweegt de Hoge Raad dat degene die een overeenkomst sluit een eigen verantwoordelijkheid heeft maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij een overeenkomst sluit onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. Hoewel op de financiële dienstverlener een informatieplicht rust, neemt dit niet weg dat op de cliënt een onderzoeksplicht rust. Van de cliënt kan worden verlangd dat hij de informatie die hem verstrekt is (brochures, folders, eventuele bijlagen, algemene voorwaarden, etc.), aandachtig bestudeert en eventuele vragen hierover stelt aan de verstrekker van het product. Bijvoorbeeld in het arrest Treek/Dexia had De Treek zich moeten inspannen om de overeenkomst te begrijpen indien hieromtrent onduidelijkheden bestonden. Uit de ter beschikking gestelde bescheiden omtrent de effectenlease blijkt volgens de Hoge Raad voldoende dat het ging om het verstrekken van een geldlening en dat aan de overeenkomst risico's verbonden waren. Tekortschieten in zijn eigen onderzoeksplicht komt in dit geval voor rekening van De Treek zelf op grond van artikel 6:228 BW. Een beroep op dwaling wordt dan ook niet gehonoreerd. De banken in de effectenlease-arresten hebben aan hun informatieplicht voldaan.⁸¹

Deze lijn lijkt zich in de jurisprudentie voort te zetten. Zo hebben de rechtbank en het hof in latere uitspraken eveneens een beroep op dwaling afgewezen wegens het tekortschieten in de eigen onderzoeksplicht van de cliënt.⁸²

⁷⁸ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*Treek/Dexia*)

⁷⁹ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon)

⁸⁰ Artikel 6:228 BW

⁸¹ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*Treek/Dexia*)

⁸² Zie bijvoorbeeld rechtbank Oost-Brabant, 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320

Volgens Van Dijk en Van der Woude kunnen uit de effectenlease-arresten de volgende conclusies omtrent het beroep op dwaling worden getrokken:

- o In het algemeen gaat de informatieplicht van de bank boven de onderzoeksplicht van de cliënt;
- o De cliënt mag afgaan op de juistheid van aan hem verstrekte informatie; bij reclame en op zichzelf staande mededelingen en (reken)voorbeelden moet hij echter de nodige oplettendheid en omzichtigheid betrachten;
- o Van de cliënt mag worden verwacht dat hij binnen redelijke grenzen maatregelen neemt om te voorkomen dat hij met een overeenkomst zou instemmen onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken;
- o In het kader van zijn onderzoeksplicht mag van een cliënt worden verwacht dat hij de stukken leest die hem voor het sluiten van de overeenkomst ter beschikking waren gesteld;
- o Bij onduidelijkheden moet hij zijn wederpartij om verduidelijking vragen;
- o Als die cliënt niet aan de onder III, IV en V genoemde onderzoeksplicht voldoet dan dient eventuele dwaling voor zijn risico te blijven.⁸³

3.4.3 Schending bijzondere zorgplicht

Het hof bepaalt in bovenstaande gevallen dat de bank haar bijzondere zorgplicht geschonden heeft. In alle drie de arresten komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de banken inderdaad hun bijzondere zorgplicht geschonden hebben. De schending van de bijzondere zorgplicht wordt afgeleid uit de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid. De bank heeft volgens de Hoge Raad al tijdens de precontractuele fase een bijzondere zorgplicht jegens haar potentiële cliënt. De Hoge Raad oordeelt wederom dat op de bank, als bij uitstek professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten, een bijzondere zorgplicht rust om de belegger tegen zijn eigen lichtvaardigheid of gebrek aan ervaring in bescherming te nemen.⁸⁴ Dit gaat verder dan de norm die de Hoge Raad ontwikkeld heeft in het arrest Baris/Riezenkamp, waar de partijen tijdens de precontractuele fase enkel rekening dienden te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁸⁵ Tegelijkertijd hebben de beleggers ook 'eigen schuld'.⁸⁶

____ Waarschuwingplicht

Ten opzichte van de zorgplicht grijpt de Hoge Raad terug op de in de optiehandel-arresten geformuleerde regels. Zo stelt hij in het arrest Levob/B. dat op Levob als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten jegens B. als particulier een bijzondere zorgplicht rust, die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.⁸⁷ Ook hier bevestigt de Hoge Raad dat de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zoals de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij en de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct. Hoewel voldaan is aan de informatieplicht (er kan immers geen geslaagd beroep op dwaling gedaan worden) heeft Levob verzaakt aan haar waarschuwingplicht te voldoen. Levob had uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoording moeten waarschuwen voor de risico's die verbonden waren aan de overeenkomst.

In het recentere arrest Rabobank/X heeft de Hoge Raad deze waarschuwingplicht verder ingevuld. In dit arrest heeft de bank haar cliënt een verklaring laten tekenen waarin deze verklaart zich ten volle bewust te zijn van de risico's van de beleggingen. De waarschuwingplicht strekt ertoe dat de bank zich in voldoende mate ervan dient te vergewissen dat de cliënt zich

⁸³ Van Dijk & Van der Woude 2009

⁸⁴ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Levob/Bolle*)

⁸⁵ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*)

⁸⁶ Van Boom 2009, p.232

⁸⁷ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Levob/Bolle*)

van de bijzondere risico's, en de gevolgen die de verwezenlijking daarvan voor hem kunnen hebben, daadwerkelijk bewust is. Het enkel laten tekenen van een verklaring is daarvoor niet voldoende. De waarschuwingsplicht gaat dus aanzienlijk verder dan de informatieplicht.⁸⁸

_____ Weigeringsplicht

In het De Treek/Dexia-arrest voert De Treek in cassatie aan dat de door het hof geformuleerde zorgplicht niet ver genoeg strekt. Het hof stelt zich op het standpunt dat er op Dexia slechts een plicht rust om De Treek te waarschuwen voor de risico's die verbonden zijn aan de effectenleaseovereenkomst. Deze waarschuwingsplicht hield voor Dexia de verplichting in De Treek indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico en De Treek zo te beschermen tegen het te lichtvaardig op zich nemen van (onnodige) risico's die hij niet kon dragen. De Treek is echter van mening dat Dexia de overeenkomst had moeten weigeren. De Hoge Raad gaat hierin mee met het hof. Ook indien bij het aangaan van de overeenkomst blijkt dat de cliënt een eventuele restschuld kan dragen, bevrijdt dit de bank niet van haar plicht om te waarschuwen voor deze restschuld.⁸⁹ Een andere uitspraak zou volgens de Hoge Raad in strijd zijn met het beginsel van contractsvrijheid. De plicht om negatief te adviseren, of ten minste indringend te waarschuwen voor de risico's, houdt dus geen plicht tot contractweigering in.⁹⁰ Op dit punt bestaat dus een wezenlijk verschil met de bijzondere zorgplicht die werd aangenomen in de optiehandel-arresten, waar werd bepaald dat een bank in beginsel in strijd met haar zorgplicht handelt indien zij haar cliënt volgt in de nadrukkelijke wens om opties te schrijven ondanks dat niet wordt voldaan aan de margeverplichtingen.⁹¹ Pijls beargumenteert dat dit verschil te rechtvaardigen is. Allereerst omdat de zorgplicht in de optiehandel strekt tot bescherming van de belegger tegen de eerder genoemde '*loss aversion*', waartegen enkel waarschuwen niet voldoet. In de tweede plaats is het verschil van omvang gerechtvaardigd vanwege het verschil in risico. Hoewel de effectenlease een risicovol product is, staat de belegger in de optiehandel bloot aan (nog) grotere risico's.⁹²

_____ Schadevergoeding

Schending van de zorgplicht leidt in het algemeen tot de vergoedingsplicht van de bank voor de door de cliënt geleden schade.⁹³ Om een succesvol beroep op schadevergoeding te realiseren, moet het causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de geleden schade worden bewezen. Indien de cliënt stelt dat de bank niet voldaan heeft aan haar waarschuwings- of informatieplicht moet de cliënt aannemelijk maken dat hij de overeenkomst niet had gesloten indien hij een juiste voorstelling van zaken had gehad.

Indien het causaal verband is vastgesteld, moet worden gekeken naar de toerekening in de zin van artikel 6:98 BW. Als de bank tekortgeschoten is in de zorgplicht, die ertoe strekt om te voorkomen dat een particulier lichtvaardig of met ontoereikend inzicht de overeenkomst sluit, kan in beginsel het aangaan van de overeenkomst worden toegerekend aan de aanbieder zodat in beginsel niet alleen de ontstane restschuld maar ook de betaalde rente en reeds betaalde aflossing op de restschuld voor vergoeding in aanmerking komen.⁹⁴

Nadat ook de toerekening is vastgesteld, dient te worden gekeken naar de eigen schuld van de cliënt in de zin van artikel 6:101 BW. De eigen schuld is al eerder ter sprake gekomen bij de behandeling van de optiehandel arresten. De vergoedingsplicht wordt zoals gezegd verminderd door de schade over de bank en de cliënt te verdelen indien de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de cliënt kan worden toegerekend. De Hoge Raad bepaalt in de

⁸⁸ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914 (*Rabobank/X*)

⁸⁹ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*Treek/Dexia*)

⁹⁰ Van Boom 2009, p.233

⁹¹ Zie hiervoor paragraaf 2.2.3 en HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*)

⁹² Pijls 2009

⁹³ Van Boom 2009, p.234

⁹⁴ Van Boom 2009, p.234

effectenlease-arresten dat uit de tekst van de overeenkomst voldoende duidelijk was dat het om een geldlening ging met alle gevolgen van dien. Het kan de cliënt worden toegerekend dat hij zich niet redelijk heeft ingespannen om de inhoud van de overeenkomst te begrijpen. Met andere woorden: de cliënt heeft in dat geval niet aan zijn onderzoeksplicht voldaan. De Hoge Raad benadrukt ook hier echter wel dat fouten uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht in beginsel minder zwaar wegen dan het tekortschieten van de bank in de zorgplicht. De Hoge Raad bepaalt in de effectenlease-arresten dat de eigen schuld van de cliënt vastgesteld wordt op 40%. In het Levob/B.-arrest oordeelt de Hoge Raad dat deze verdeling ook in andere geschillen omtrent effectenleaseovereenkomsten tot uitgangspunt kan worden genomen.⁹⁵

3.5 Bijzondere zorgplicht bij vermogensbeheer

Uit de voorgaande paragrafen is gebleken dat de bijzondere zorgplicht zich uitstrekt tot particuliere cliënten. De effectenleaseovereenkomsten en de optiehandel betreffen gecompliceerde producten waaraan grote financiële risico's zijn verbonden. In het arrest Fortis/Bourgonje wordt de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht verder ingevuld. In het arrest gaat het om vermogensbeheer. Dit betreft een minder risicovolle overeenkomst waarbij de belegger zijn vermogen beschikbaar stelt voor beleggingen. In geval van vermogensbeheer loopt de cliënt nog steeds risico en kan het verlies behoorlijk zijn, maar de risico's zijn over het algemeen kleiner dan het geval is bij de effectenlease of de optiehandel.⁹⁶ De cliënt kan in geval van vermogensbeheer maximaal het ingelegde vermogen verliezen, maar bestaat er geen kans op een restschuld. De zorgplicht in geval van vermogensbeheer is door de lagere rechtspraak al eerder aangenomen.⁹⁷ Bourgonje verliest uiteindelijk aanzienlijk op zijn aandelenportefeuille en stelt dat Fortis tekort is geschoten in haar zorgplicht. De Hoge Raad gaat hierin mee. Voordat het Fortis/Bourgonje-arrest werd gewezen wordt de bijzondere zorgplicht vooral gekoppeld aan complexe producten waarbij een groot risico bestaat. Uit het Fortis/Bourgonje arrest blijkt dat een bijzondere zorgplicht ook aangenomen kan worden indien er een minder complex product, zoals vermogensbeheer, centraal staat.

3.6 Uitbreiding zorgplicht jegens professionele beleggers

In de voorgaande paragrafen is duidelijk geworden dat een bank een bijzondere zorgplicht heeft jegens zijn particuliere cliënt. De vraag bleef echter wat de reikwijdte van de zorgplicht is tegenover professionele cliënten. Hierover heeft zowel de rechtbank als het hof recentelijk uitspraak gedaan. Uit deze uitspraken blijkt niet alleen dat de bank een bijzondere zorgplicht heeft jegens ondernemingen, maar wordt de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht eveneens uitgebreid naar de renteswapovereenkomst. Bij een renteswap wordt een variabele rente op een lening geruild tegen een vaste rente op een lening, dan wel andersom.

3.6.1 Rechtbank Oost-Brabant, 26 maart 2014

Een maatschap, exploitant van een melkveebedrijf, sluit met de Rabobank een renteswapovereenkomst voor tien jaar af. De maatschap heeft enkele leningen uit staan bij de Rabobank, maar bezit geen kennis omtrent financiële derivaten. Begin 2010 deelt de cliënt aan de bank mede dat hij wil emigreren. Dit zou betekenen dat alle geldleningen en kredieten bij de Rabobank moesten worden afgelost. Rabobank deelt aan haar cliënt mee dat zij bij tussentijdse beëindiging van de renteswap een premie in rekening zou brengen. Deze premie blijkt gelijk te zijn aan de contante waarde van de winst die Rabobank van de datum van beëindiging van de renteswap tot de overeengekomen einddatum mis zou lopen. In mei 2010 wordt de premie geschat op €250.000. De notaris keert vervolgens €270.000 uit aan de Rabobank, uit de opbrengst van de verkoop van de boerderij van de cliënt. De cliënt vordert vervolgens primair bij

⁹⁵ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Levob/Bolle)

⁹⁶ HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (*Fortis/Bourgonje*)

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam, 21 december 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AV1512 en Hof Arnhem 6 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN0830

de rechtbank dat hij de beëindigingspremie onverschuldigd heeft betaald omdat de premie contractueel niet verschuldigd is, en subsidiair dat een dergelijk beding gedeeltelijk vernietigd is wegens dwaling. Subsidiair vordert hij een schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen van de Rabobank. De rechtbank wijst de primaire vordering af, maar wijst de subsidiaire vordering toe omdat de bank gehandeld heeft in strijd met haar bijzondere zorgplicht. De rechtbank overweegt hierbij dat deze bijzondere zorgplicht niet beperkt is tot particulieren. De bank had er niet vanuit mogen gaan dat een ondernemer als in deze casus op de hoogte was van de kenmerken van financiële derivaten en de daaraan verbonden risico's.

“Anders dan Rabobank meent, is deze bijzondere zorgplicht niet beperkt tot particulieren. Op financiële instellingen kan ook een bijzondere zorgplicht jegens ondernemers rusten, al is de omvang van die zorgplicht vanwege de omstandigheden van het geval vaak veel beperkter dan bij particulieren vanwege de kennis en ervaring van ondernemers met financiële producten.”⁹⁸

De rechtbank stelt dus vast dat de bijzondere zorgplicht zich niet beperkt tot particuliere cliënten, maar dat de bank ook tegenover ondernemers een bijzondere zorgplicht kan hebben. De rechtbank bepaalt verder dat de Rabobank de maatschap in duidelijke en niet mis te verstane bewoording had moeten waarschuwen voor de risico's die het product met zich mee kon brengen. Door de waarschuwingsplicht zoals deze geformuleerd is in de effectenlease-arresten ook te laten gelden voor de maatschap, stelt de rechtbank de onderneming gelijk met de particuliere cliënt.⁹⁹

3.6.2 Hof 's-Hertogenbosch, 15 april 2014

Westkant B.V. sluit met ABN AMRO zowel een kredietovereenkomst als een renteswapovereenkomst voor tien jaar af. Daarna vinden er nog enkele krediettransacties plaats. Na een aantal jaar wordt de kredietovereenkomst vanwege het overstappen naar een andere bank beëindigd. Deze voortijdige beëindiging zou leiden tot een negatieve waarde van €60.000, welke Westkant zou moeten betalen aan ABN AMRO. Westkant vordert vervolgens een verklaring voor recht dat tussen partijen geen renteswaptransacties tot stand zijn gekomen, dan wel dat deze transacties door Westkant zijn vernietigd, dan wel dat de rechtbank deze transacties vernietigt wegens misbruik van omstandigheden en/of dwaling. Verder wil Westkant dat het bedrag van €60.000, dat zich in depot bevindt, toekomt aan Westkant en dat ABN AMRO veroordeeld wordt tot vergoeding van de schade als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van de ABN AMRO. De rechtbank wijst de vordering van Westkant af en Westkant gaat hiertegen in beroep. In hoger beroep bepaalt het hof dat Westkant B.V. gezien kan worden als een niet-professionele belegger in de zin van de Wft.¹⁰⁰ Leidend voor de bepaling of een onderneming kan worden aangemerkt als een professionele belegger is dus de definitie uit de Wft. Deze definitie luidt als volgt:

_____ professionele belegger volgens artikel 1.1 Wft:

- a. bank;
- b. beheerder van een beleggingsinstelling;
- c. beheerder van een icbe;
- d. beheerder van een pensioenfonds of van een daarmee vergelijkbare rechtspersoon of vennootschap;
- e. beleggingsinstelling;
- f. beleggingsonderneming;
- g. nationaal of regionaal overheidslichaam of overheidslichaam dat de overheidsschuld beheert;
- h. centrale bank;
- i. financiële instelling;
- j. internationale of supranationale publiekrechtelijke organisatie of daarmee vergelijkbare internationale organisatie;

⁹⁸ Rechtbank Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415

⁹⁹ Caria2014, p.38

¹⁰⁰ Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052

- k. *icbe*;
- l. *marketmaker*;
- m. *onderneming wiens belangrijkste activiteit bestaat uit het beleggen in financiële instrumenten, het verrichten van securitisaties of andere financiële transacties*;
- n. *pensioenfondsen of daarmee vergelijkbare rechtspersoon of vennootschap*;
- o. *persoon of vennootschap die voor eigen rekening handelt in grondstoffen en grondstofferderivaten*;
- p. *plaatselijke onderneming*;
- q. *rechtspersoon of vennootschap die aan twee van de volgende omvangvereisten voldoet*:
 - 1°. *een balanstotaal van ten minste € 20 000 000*;
 - 2°. *een netto-omzet van ten minste € 40 000 000*;
 - 3°. *een eigen vermogen van ten minste € 2 000 000*;
- r. *verzekerder*.

Volgens het hof wordt een bijzondere zorgplicht aangenomen wanneer er sprake is van een niet-professionele belegger in de zin van de Wft. Dit kan een particulier zijn, maar ook een ondernemer. Door de definitie uit de Wft te gebruiken om te bepalen of een onderneming aangemerkt wordt als niet-professionele belegger, wordt het voor de financiële dienstverlener makkelijker om te bepalen of een bijzondere zorgplicht van toepassing is.

3.6.3 Rechtbank Den Haag, 14 januari 2015

In een vonnis van de rechtbank Den Haag van dit jaar spreekt de rechtbank zich eveneens uit over de eventuele schending van de bijzondere zorgplicht met betrekking tot een renteswapovereenkomst. De cliënt (A Holding) weigert na verloop van tijd zijn verplichtingen na te komen, met primair een beroep op dwaling en subsidiair wegens een toerekenbare tekortkoming dan wel onrechtmatige daad van de Rabobank. In deze zaak oordeelt de rechtbank dat er op de Rabobank geen bijzondere zorgplicht rust, omdat A Holding gekwalificeerd wordt als professionele, ter zake kundige onderneming.¹⁰¹ Hierbij wordt echter niet verwezen naar de definitie van een professionele belegger uit de Wft. De vraag blijft dan ook of de lijn die het hof op 15 april getrokken heeft, doorgetrokken wordt in latere rechtspraak. Hoewel er in deze zaak geen sprake is van een bijzondere zorgplicht, is de bank wel gehouden aan haar algemene zorgplicht en heeft ze deze wel degelijk geschonden.

3.7 Tussenconclusie

De bijzondere zorgplicht heeft zich de afgelopen jaren in de jurisprudentie flink ontwikkeld. Deze bijzondere zorgplicht is voor het eerst aan bod gekomen in de optiehandel-arresten. Hier werd bepaald dat de bank, als bij uitstek deskundige en professionele financiële dienstverlener op het terrein van optiehandel, gehouden is een bijzondere zorgplicht in acht te nemen jegens zijn particuliere cliënt. De reikwijdte van de zorgplicht hangt vervolgens af van de omstandigheden van het geval, waaronder de eventuele deskundigheid van de cliënt, diens inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd.¹⁰² Deze omstandigheden brengen een informatieplicht voor de bank met zich mee. De bijzondere zorgplicht heeft als doel het beschermen van de cliënt tegen zijn eigen ondeskundigheid en lichtvaardigheid. Deze bijzondere zorgplicht kan zelfs zo ver gaan, dat een bank een opdracht tot het schrijven van opties moet weigeren wanneer de cliënt niet kan voldoen aan de margeverplichtingen die de transactie met zich meebrengt, zelfs wanneer dit de nadrukkelijke wens van de cliënt is.¹⁰³ Bij de beoordeling van de omvang van de zorgplicht moet echter wel de 'eigen schuld' van de cliënt

¹⁰¹ Rechtbank Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272

¹⁰² HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*), HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*)

¹⁰³ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*)

worden meegewogen. Op grond van artikel 6:101 BW wordt de vergoedingsplicht verminderd indien de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de cliënt kan worden toegerekend.

De bank moet de bijzondere zorgplicht in acht nemen met cliënten waarmee zij een contractuele verhouding heeft, maar deze zorgplicht kan zich ook uitstrekken tot derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁰⁴ Deze derdenwerking kan voortvloeien uit een contractuele relatie met een cliënt, maar kan ook los hiervan bestaan. Wederom is het afhankelijk van de omstandigheden van het geval wanneer hiervan sprake is.

In de effectenlease-arresten heeft de Hoge Raad de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht uitgebreid naar de precontractuele fase. De bank dient in deze fase niet alleen rekening te houden met de belangen van de potentiële cliënt, maar dient de potentiële cliënt te beschermen tegen zijn eigen lichtvaardigheid en gebrek aan kennis. Ten opzichte van de effectenlease komt de Hoge Raad tot het oordeel dat hier enkel een waarschuwingsplicht geldt, en geen weigeringsplicht zoals in de optiehandel-arresten wel het geval was. Deze zwaardere plicht ten opzichte van de optiehandel-arresten wordt in de literatuur toegewezen aan de grotere risico's die deze vorm van beleggen met zich meebrengt. De bank moet haar cliënt uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoording waarschuwen voor de risico's die verbonden zijn aan de overeenkomst.

De informatieplicht van de bank geldt dus al tijdens de precontractuele fase. De bijzondere zorgplicht geldt dus niet alleen ten opzichte van de optiehandel, maar ook in geval van effectenlease. Omdat de effectenlease-arresten proefprocedures betroffen, werd beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking te bewerkstelligen. De Hoge Raad merkt echter in alle drie de arresten op dat in elke individuele zaak moet worden gekeken naar de omstandigheden van het geval. De beoogde precedentwerking van de proefprocedures lijkt dus niet heel groot te zijn.¹⁰⁵ Wel geeft de Hoge Raad in de effectenlease-arresten een maatstaf voor de verdeling van de schade. De Hoge Raad gaat uit van een 60/40 verdeling, waarbij 40% van de schade voor rekening van de cliënt dient te komen. In het arrest wordt aangegeven dat deze maatstaf als uitgangspunt kan dienen in andere zaken waarin verdeling van de schade na een effectenleaseovereenkomst ter discussie staat.

In het Fortis/Bourgonje-arrest wordt de bijzondere zorgplicht ook aangenomen bij vermogensbeheer. De risico's bij vermogensbeheer zijn aanzienlijk minder groot dan bij de optiehandel of de effectenlease. De bijzondere zorgplicht wordt door de Hoge Raad dus ook aangenomen ten opzichte van een minder complex en minder risicovol product.¹⁰⁶

Recent heeft zowel de rechtbank Oost-Brabant als het Hof's-Hertogenbosch geoordeeld dat de bijzondere zorgplicht niet alleen ten opzichte van de particuliere cliënt geldt. Ook een onderneming, niet zijnde een professionele belegger, geniet bescherming van de bijzondere zorgplicht. Om te bepalen wanneer een onderneming wel of geen professionele belegger is, gebruikt zij de definitie uit de Wft.¹⁰⁷ Deze maatstaf wordt echter door de rechtbank niet toegepast.

¹⁰⁴ HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*)

¹⁰⁵ Cherednychenko 2010

¹⁰⁶ HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (*Fortis/Bourgonje*)

¹⁰⁷ Rechtbank Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415, Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052

4 Publiekrechtelijke zorgplicht

Zoals reeds in de probleembeschrijving omschreven wordt de rechtsverhouding tussen financiële dienstverleners en haar cliënten voor wat betreft de zorgplicht beheerst door twee wettelijke kaders. Het eerste kader, de privaatrechtelijke zorgplicht en de daaruit voortvloeiende bijzondere zorgplicht, is in de voorgaande hoofdstukken behandeld. Het tweede kader, de publiekrechtelijke zorgplicht, komt in dit hoofdstuk aan bod. Hier wordt gekeken of de bijzondere zorgplicht beïnvloed wordt door de publiekrechtelijke zorgplicht.

Allereerst komt kort aan bod hoe deze publiekrechtelijke zorgplicht is ontstaan en daarna wordt ingegaan op de samenhang tussen de bijzondere zorgplicht enerzijds, en de zorgplicht in het publiekrecht anderzijds.

4.1 Wet op het financieel toezicht

De publiekrechtelijke zorgplicht vindt haar basis in de Wet op het financieel toezicht (Wft). De Wft is op 1 januari 2007 in werking getreden en regelt het toezicht op financiële instellingen in Nederland. Doel van de wet is de inzichtelijkheid, doelgerichtheid en marktgerichtheid van het toezicht op de financiële markt te verbeteren.¹⁰⁸ De wet kent meerdere normen die ook in het privaatrecht zijn terug te zien.

4.1.1 Nieuwe generieke zorgplicht

Per 1 januari 2014 is er een algemene zorgplicht vastgelegd in de Wft. De wettelijke verankering volgt uit het regeerakkoord en is onderdeel van de Wijzigingswet financiële markten 2014. Deze generieke zorgplicht is neergelegd in artikel 4:24a Wft en luidt als volgt:

Artikel 4:24a

1. Een financiële dienstverlener neemt op **zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen** van de consument of begunstigde in acht.
2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt **in het belang** van de consument of begunstigde.
3. De Autoriteit Financiële Markten geeft met betrekking tot het eerste en tweede lid slechts toepassing aan artikel 1:75 bij evidente misstanden die het vertrouwen in de financiële dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden.
4. Onze Minister zendt binnen drie jaar na de inwerkingtreding van dit artikel aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van dit artikel in de praktijk.

De algemene publiekrechtelijke zorgplicht is neergelegd in lid 1 van artikel 4:24a Wft. Het tweede lid stelt de verplichting om de belangen van de klant in geval van advisering voorop te stellen. Dit brengt met zich mee dat wanneer een financiële dienstverlener bij het aanbieden van een dienst of product soms ook het eigen belang centraal mag stellen, zolang deze aangeboden dienst geen advisering betreft.¹⁰⁹ Dit is gedaan omdat een financiële dienstverlener in de uitoefening van zijn bedrijf ook het belang van het bedrijf mee moet laten wegen. Indien de financiële dienstverlener het belang van de cliënt in alle gevallen centraal moet stellen is dit niet te verenigen met de commerciële belangen van de financiële dienstverlener.¹¹⁰ Indien er tussen de cliënt en de financiële dienstverlener echter sprake is van een adviesrelatie, dient de financiële dienstverlener de belangen van de cliënt dus centraal te stellen. In geval van een adviesrelatie wordt de financiële dienstverlener juist ingehuurd om de belangen van de cliënt te behartigen en deze belangen dienen dan ook centraal te staan. Daarnaast acht de wetgever de

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2003-04, 29 708, nr. 3, p.2

¹⁰⁹ De Vré2014, p.289

¹¹⁰ Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr 3, p. 79

informatieasymmetrie tussen cliënt en adviseur groter dan bij andere financiële diensten. Ook in de adviesrelatie gaat het alleen om de gerechtvaardigde belangen van de cliënt.¹¹¹

Lid 3 van artikel 4:24a Wft behelst de handhavingsbevoegdheid van de Autoriteit Financiële Markten (hierna AFM). Indien een financiële dienstverlener handelt in strijd met de zorgplicht uit het eerste of tweede lid, kan de AFM een aanwijzing geven. Indien de financiële dienstverlener geen gehoor geeft aan deze aanwijzing, kan de AFM handhavend optreden door middel van een bestuurlijke boete¹¹² of een last onder dwangsom¹¹³. Het is de bedoeling van de wetgever dat eventuele handhaving door de AFM gestoeld wordt op specifieke bepalingen uit de Wft, zoals bijvoorbeeld de waarschuwingsplicht of de informatieplicht. De ontwikkelingen in de financiële sector gaan soms echter sneller dan de ontwikkeling van regelgeving op dit gebied.¹¹⁴ Soms is ingrijpen noodzakelijk, maar bestaat er nog geen concrete regelgeving op het gebied in kwestie. Hiervoor is het nieuwe artikel 4:24a Wft in het leven geroepen. Deze algemene zorgplicht is bedoeld als een “vangnet” indien zulke bepalingen ontbreken.¹¹⁵ Indien de AFM van mening is dat een financiële dienstverlener haar zorgplicht heeft geschonden, maar er zijn geen specifieke wettelijke bepalingen die zijn overtreden, kan de AFM deze financiële dienstverlener alsnog aanspreken met artikel 4:24a Wft als wettelijke basis.

4.2 Overeenkomsten tussen privaat- en publiekrechtelijke zorgplicht

Sommige bepalingen uit het privaatrecht zijn inmiddels neergelegd in specifieke bepalingen binnen het publiekrecht. Zo is de weigeringsplicht, welke ontstaan is in de optiehandel-arresten¹¹⁶, neergelegd in artikel 86 lid 1 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna Bgfo Wft) en de informatieplicht uit de effectenlease-arresten¹¹⁷ is terug te vinden in het ken-uw-client-beginsel van artikel 4:23 en 4:24 Wft. In deze artikelen wordt exact beschreven welke informatie de financiële dienstverlener moet inwinnen van haar cliënt. Ook kan er zowel in het privaat- als in het publiekrecht sprake zijn van een weigeringsplicht (artikel 86 lid 1 Bgfo Wft). Deze publiekrechtelijke bepalingen zijn echter vaak concreter geformuleerd dan de open normen uit het privaatrecht. Zo schrijft artikel 86 lid 1 Bgfo Wft voor dat indien de cliënt niet meer kan voldoen aan de margeverplichtingen, de bank erop toe moet zien dat de cliënt zekerheden stelt. Kunnen deze zekerheden niet gesteld worden, dan dient de bank de posities van de cliënt binnen vijf dagen te sluiten. Een enkele toezegging van de cliënt dat hij zekerheid zal stellen voor de margetekorten is niet voldoende.¹¹⁸ Bij het bepalen wat als zekerheid wordt aangemerkt is aansluiting gezocht bij artikel 6:51 BW, waaruit voortvloeit dat de cliënt kan kiezen tussen persoonlijke of zakelijke zekerheden en de aangeboden zekerheid zodanig moet zijn dat de schuldeiser hier zonder moeite verhaal op zal kunnen nemen.

Naast de overeenkomstige bepalingen streven beide zorgplichten naar bescherming van de zwakkere partij. De publiekrechtelijke zorgplicht beschermt de consument, als gedefinieerd in artikel 1 van de Wft. Deze definitie luidt; *“Een niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijke persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent”*. Deze definitie spreekt echter in geen enkel opzicht over de eventuele kennis en deskundigheid van de cliënt, zoals bij de bijzondere zorgplicht wel het geval is. De memorie van toelichting geeft echter aan dat het verschil van kennis tussen de bank en de consument wel degelijk een rol speelt. Dit komt ook naar voren in enkele specifieke wetbepalingen, zoals artikel 4:23 Wft. Volgens dit artikel, waarin

¹¹¹ Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr 3, p. 79

¹¹² Art. 1:80 Wft

¹¹³ Art. 1:75 Wft

¹¹⁴ Wijzigingswet Financiële Markten 2014, p. 27 (MvT)

¹¹⁵ Kamerstukken II 2012-2013, 33 632, nr 3, p. 29

¹¹⁶ Zie paragraaf 3.2

¹¹⁷ Zie paragraaf 3.4

¹¹⁸ Kifid, Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr 2015-012 d.d. 6 januari 2015

een informatieplicht wordt omschreven, wordt deze plicht pas vervuld indien geen sprake meer is van informatieasymmetrie tussen de cliënt en de financiële dienstverlener.¹¹⁹

4.3 Verschil met de privaatrechtelijke zorgplicht

Hoewel sommige bepalingen in het privaatrecht en publiekrecht omtrent de zorgplicht overeenkomen, bestaan er ook verschillen tussen de twee normstelsels. In deze paragraaf worden de verschillen in normen, handhaving en het karakter van deze handhaving behandeld.

4.3.1 Open normen versus concrete normen

Zoals in paragraaf 4.2 reeds omschreven, zijn de publiekrechtelijke bepalingen vaak concreter geformuleerd dan de privaatrechtelijke bepalingen. Deze privaatrechtelijke bepalingen zijn in zowel hoofdstuk 2 als hoofdstuk 3 aan bod gekomen. Zo moet de financiële dienstverlener zich binnen een overeenkomst van opdracht gedragen als een goed opdrachtnemer. Het blijft steeds aan de rechter om exact in te vullen wat er in een concrete situatie van een goed opdrachtnemer verwacht kon worden. De civiele rechter kan bij zijn beslissing gebruik maken van regels die door een andere rechter zijn geformuleerd, maar deze beslissing blijft steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de redelijkheid en billijkheid. Er blijft voor de civiele rechter een grote beslissingsvrijheid over.¹²⁰ Dit in tegenstelling tot het publiekrecht, waar de zorgplicht een concretere uitwerking heeft gekregen. Eerder bleek dat de weigeringsplicht van artikel 86 lid 1 Bgfo Wft precies voorschrijft binnen hoeveel dagen de bank de posities van de cliënt dient te sluiten indien de cliënt niet langer kan voldoen aan zijn margeverplichtingen. Het ken-uw-client-beginsel schrijft voor dat de financiële dienstverlener informatie inwint over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid.¹²¹ In artikel 4:42 Wft wordt deze lijst van benodigde informatie nog eens uitgebreid. Voor de financiële dienstverlener is het makkelijker om aan deze normen te voldoen gezien deze concreet zijn voorgeschreven. In theorie hoeft de financiële dienstverlener deze enkel af te vinken.

4.3.2 Handhaving ex post versus handhaving ex ante

Handhaving binnen het privaatrecht heeft een ex post karakter. Dit wil zeggen dat handhaving achteraf plaatsvindt en dus niet (echt) gericht is op preventie. Schade wordt op deze manier niet voorkomen maar slechts vergoed. De rechter stelt pas vast op welke manier de privaatrechtelijke zorgplicht vorm had moeten krijgen wanneer de feiten zich al hebben voorgedaan. Dit in tegenstelling tot het publiekrecht, waar handhaving een ex ante karakter heeft. Deze normen beogen vooraf normerend en preventief te werken en zijn gericht op voorkomen van schade.¹²² In de memorie van toelichting bij de Wijzigingswet Financiële Markten 2014 wordt eveneens opgemerkt dat de handhaving van de algemene zorgplicht uit de Wft gericht is op het vermijden van toekomstige overtredingen in plaats van herstel van overtredingen uit het verleden.¹²³ Daarnaast moet handhaving in het privaatrecht worden ingeroepen door een van de partijen terwijl in het publiekrecht de toezichthouder beroep doet op de publiekrechtelijke bepalingen. De handhavingsbevoegdheid ligt bij de AFM. De benadeelde partij kan echter wel een klacht indienen bij het Meldpunt financiële markten. Uit deze klacht kan een onderzoek door de AFM volgen.

4.3.3 Reparatoir versus punitief

De sanctie heeft binnen het privaatrecht een reparatoir karakter. Deze is vooral gericht op het wegnemen van de negatieve gevolgen van de schending van de zorgplicht en minder op het daadwerkelijk straffen van de dader. Dit in tegenstelling tot het publiekrecht, waar de sanctie

¹¹⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29 709, nr. 3, paragraaf Artikelen 1:7 en 1:8

¹²⁰ Cherednychenko 2012, p.227

¹²¹ Art. 4:23 Wft

¹²² Cherednychenko 2012, p.229

¹²³ Wijzigingswet financiële markten 2014, p. 3

vaak een punitief karakter heeft. Hierbij wordt niet gekeken naar compensatie van de schade, maar enkel het straffen van de dader. Hiermee wordt beoogd een afschrikwekkend effect te bewerkstelligen. Binnen het publiekrecht is voor de benadeelde partij dan ook geen plek voor het claimen van een schadevergoeding. Deze kan enkel via de privaatrechtelijke weg zijn schade vergoed krijgen.

4.3.4 Schematisch overzicht verschillen Wft en BW

Wft	BW
- Publiekrecht	- Privaatrecht
- Legt spelregels vast	- Legt contractrecht vast
- Boete bij overtreding	- Aansprakelijk bij overtreding
- Handhaving ex ante	- Handhaving ex post
- Ook indien geen schade ontstaan is	- Alleen indien schade ontstaan is
- Dient collectief belang	- Dient individueel belang

4.4 Twee normstelsels naast elkaar

4.4.1 Overlap

Hoewel de privaatrechtelijke- en de publiekrechtelijke zorgplicht inhoudelijk weinig van elkaar verschillen, heeft de wetgever er toch bewust voor gekozen om deze stelsels naast elkaar te laten bestaan. De open normen uit het privaatrecht zijn voor de wetgever een van de redenen geweest om deze bepalingen nadere invulling te geven en deze op te nemen in geschreven regels.¹²⁴ Uit de voorgaande paragrafen is gebleken dat verschillende bepalingen uit het privaatrecht (in meer concretere bewoording) al zijn neergelegd in het publiekrecht. Het feit dat deze bepalingen reeds in het privaatrecht tot uiting zijn gekomen zou reden kunnen zijn om deze bepalingen in het publiekrecht achterwege te laten. De wetgever heeft hier echter bewust niet voor gekozen.

*“In principe kan het feit dat een bepaald gedrag ook reeds op grond van het civiele recht van een financiële onderneming wordt verlangd een reden zijn om het stellen van publiekrechtelijke regels achterwege te laten. Of dit wenselijk is hangt echter af van de vraag of het civiele recht het gedrag van financiële ondernemingen voldoende (duidelijk) normeert en of de effectiviteit daarvan publiek toezicht overbodig maakt. Het regelen van aspecten van de relatie tussen cliënt en financiële onderneming in publieke toezichtwetgeving biedt immers vergaande mogelijkheden om de naleving van regels af te dwingen. Bovendien biedt het publieke toezicht mogelijkheid om financiële ondernemingen die bijvoorbeeld de informatie- en adviesverplichtingen ernstig overtreden te beboeten of zelfs de toegang tot de markt te ontfangen. Financiële ondernemingen zullen dit waarschijnlijk ervaren als een sterke prikkel tot naleving van de wettelijke verplichtingen”.*¹²⁵

Uit bovenstaande tekst blijkt dat de wetgever bewust gekozen heeft voor enige overlapping tussen het privaatrecht- en het publiekrecht. De wetgever achtte de privaatrechtelijke normen onvoldoende duidelijk en hiermee de effectiviteit van deze normen onvoldoende.¹²⁶ Het ex ante karakter van het publiekrecht komt hierin ook duidelijk naar voren: het vooruitzicht op een fikse boete of zelfs de ontzegging van de toegang tot de markt beoogt dat de financiële dienstverlener wel twee keer zal nadenken voordat deze de publiekrechtelijke regels zal schenden.

4.4.2 Wederzijdse beïnvloeding

Verschuillende vragen omtrent de wisselwerking tussen het publiek- en het privaatrecht zijn inmiddels beantwoord. Zo heeft de Hoge Raad in het arrest Van Hees q.q./N.N. bepaald dat een

¹²⁴ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317

¹²⁵ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, p. 317

¹²⁶ Van Dijk en Van der Woude 2009, p. 29

rechtshandeling die in strijd met de Wft verricht is, privaatrechtelijk niet aantastbaar is, tenzij de Wft anders bepaalt.¹²⁷ Dit is inmiddels opgenomen in de Wft in artikel 1:23. Over andere vragen omtrent deze wisselwerking, zo wordt in de literatuur betoogd, bestaat nog geen duidelijkheid. Zo resteert bijvoorbeeld de vraag of contractueel afgeweken kan worden van de publiekrechtelijke zorgplichten.¹²⁸

Bij de beoordeling in een zaak omtrent de bijzondere zorgplicht wordt door de rechter ook gekeken naar de zorgplichten uit het publiekrecht.¹²⁹ Een goed voorbeeld van deze beïnvloeding geeft de Hoge Raad in de arresten Van de Klundert/Rabobank¹³⁰ en Kouwenberg/Rabobank¹³¹. De Hoge Raad geeft in deze arresten betekenis aan de regels van het Reglement voor de Handel in Opties van Euronext (publiekrecht) voor de invulling van de bijzondere zorgplicht. De Hoge Raad stelt dat deze regels onmiskenbaar mede strekken ter bescherming van de belangen van de cliënten van de bank.¹³² Indien de publiekrechtelijke regels strekken tot bescherming van de belangen van de cliënt, is de kans groot dat deze publiekrechtelijke regels door de Hoge Raad worden meegenomen bij de invulling van de bijzondere zorgplicht. Dit blijft echter afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

De bijzondere zorgplicht zal in de praktijk echter verder reiken dan de publiekrechtelijke zorgplicht. In de effectenlease-arresten heeft de Hoge Raad dit ook bevestigd. In het Levob/B.-arrest¹³³ werd door Levob betoogd dat het ken-uw-client-beginsel ten tijde van het sluiten van de overeenkomst door Levob en B. niet gold. Dit beginsel was destijds nog niet opgenomen in de Wft. De Hoge Raad bepaalt hieromtrent dat de bijzondere zorgplicht wel degelijk verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplichten die in het publiekrecht zijn neergelegd. Ook in het De Treek/Dexia-arrest wordt dit standpunt van de Hoge Raad bevestigd:

“Het hiervoor bedoelde betoog van de banken ziet evenwel eraan voorbij dat bij het bepalen van de reikwijdte van de op de bank rustende bijzondere, uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplicht wel betekenis kan worden toegekend aan de inhoud van de publiekrechtelijke regelgeving, doch dat niet kan worden volgehouden dat deze privaatrechtelijke zorgplicht niet verder kan strekken dan de in die publiekrechtelijke regelgeving neergelegde gedragsregels inhouden.”¹³⁴

De rechter kan dus bij het bepalen van de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht van de bank wel betekenis toekennen aan de publiekrechtelijke regelgeving, maar de privaatrechtelijke zorgplicht kan verder strekken dan de publiekrechtelijke regelgeving. De eisen van de redelijkheid en billijkheid alsmede de eisen die aan een goed opdrachtnemer gesteld mogen worden, zijn toegesneden op het concrete geval en kunnen meebrengen dat een financiële dienstverlener gehouden is tot een verdergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de dan nog geldende publiekrechtelijke regelgeving, reeds omdat de publiekrechtelijke zorgplicht de privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloedt, maar niet bepaalt.¹³⁵

Andersom geldt deze regel echter niet. De publiekrechtelijke zorgplicht reikt niet verder dan de bijzondere zorgplicht uit het privaatrecht.¹³⁶ Daarmee is de privaatrechtelijke zorgplicht de grens voor aansprakelijkheid op basis van een publiekrechtelijke norm, maar geldt deze grens andersom niet. Een financiële dienstverlener heeft dus niet zonder meer aan zijn bijzondere zorgplicht voldaan wanneer hij voldaan heeft aan de publiekrechtelijke zorgplicht. De concrete

¹²⁷ HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986 (*van Hees q.q./N.N.*)

¹²⁸ Bierens 2012

¹²⁹ De Vré 2014, p. 293

¹³⁰ HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (*Van de Klundert/Rabobank*), zie hierover paragraaf 3.2.2

¹³¹ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*), zie hierover paragraaf 3.2.3

¹³² HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (*Van de Klundert/Rabobank*)

¹³³ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Levob/Bolle*), zie hierover paragraaf 3.4.1.

¹³⁴ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*de Treek/Dexia*), zie hierover paragraaf 3.4.1

¹³⁵ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Levob/Bolle*), zie hierover paragraaf 3.4.1.

¹³⁶ Wijzigingswet financiële markten 2014, p. 3

regels van de publiekrechtelijke zorgplicht kunnen houvast geven voor de invulling van de bijzondere zorgplicht, maar dat deze bijzondere zorgplicht verder kan reiken dan de publiekrechtelijke zorgplicht.

4.5 Tussenconclusie

Uit het voorgaande hoofdstuk is gebleken dat de twee stelsels van zorgplichten niet strikt van elkaar gescheiden kunnen worden. De privaatrechtelijke- en de publiekrechtelijke zorgplichten worden wederzijds door elkaar beïnvloed en zijn niet los van elkaar te zien. Naast de duidelijke verschillen die er tussen de twee rechtsgebieden bestaan, zoals het ex ante karakter van het publiekrecht tegenover het ex post karakter van het privaatrecht, komen de twee stelsels ook veel met elkaar overeen. Verschillende normen die in het privaatrecht zijn ontwikkeld hebben inmiddels een plek gekregen in de publiekrechtelijke wetten. Zo is bijvoorbeeld de weigeringsplicht, in het privaatrecht tot uiting gekomen in de optiehandel-arresten en de effectenlease-arresten, neergelegd in artikel 86 lid 1 Bgfo Wft. De wetgever heeft bewust voor deze overlapping gekozen. Dit omdat de privaatrechtelijke normen onvoldoende duidelijkheid verschaffen en de effectiviteit van de privaatrechtelijke normen daarom niet voldoende is. Met de verankering van de publiekrechtelijke zorgplicht wordt getracht overtredingen te voorkomen in plaats van achteraf pas handhavend op te treden.

De twee stelsels van zorgplichten worden wederzijds door elkaar beïnvloed. Zo houdt de rechter bijvoorbeeld rekening met de publiekrechtelijke normen indien deze in het leven zijn geroepen om de cliënt te beschermen. Ook hierbij wordt echter rekening gehouden met de omstandigheden van het geval, zoals gebruikelijk in het privaatrecht. De rechter heeft de vrijheid om te bepalen in welke mate de publiekrechtelijke zorgplicht meeweegt bij het vaststellen van de omvang van de bijzondere zorgplicht.

De privaatrechtelijke zorgplicht, met haar open normen, werkt in de praktijk echter verder door dan de publiekrechtelijke zorgplicht. Dit is voortgekomen uit de effectenlease-arresten. De eisen van de redelijkheid en billijkheid alsmede de eisen die aan een goed opdrachtnemer gesteld mogen worden, zijn toegesneden op het concrete geval en kunnen meebrengen dat een financiële dienstverlener gehouden is tot een verdergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de dan nog geldende publiekrechtelijke regelgeving, reeds omdat de publiekrechtelijke zorgplicht de privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloedt, maar niet bepaalt. De publiekrechtelijke zorgplicht kan echter niet verder reiken dan de privaatrechtelijke zorgplicht. Hiermee vormt de privaatrechtelijke zorgplicht de buitengrens voor aansprakelijkheid.

5 Conclusies en aanbevelingen

Deze afstudeerscriptie is gericht op het beantwoorden van de centrale vraag. De centrale vraag luidt als volgt: wanneer heeft een financiële dienstverlener, zoals een bank, een bijzondere (privaatrechtelijke) zorgplicht jegens zijn (zowel particulier als zakelijke) klant en kunnen er aanbevelingen gedaan worden over de invulling van deze bijzondere zorgplicht? De centrale vraag is uitgewerkt aan de hand van vier deelvragen, die verspreid over de kern van de scriptie zijn uitgewerkt.

5.1 Hoofdstuk 2; privaatrechtelijke zorgplicht

In hoofdstuk twee is het ontstaan en de ontwikkeling van de privaatrechtelijke zorgplicht uitgewerkt. De volgende deelvragen staan in dit hoofdstuk centraal:

1. Hoe is de privaatrechtelijke zorgplicht tot stand gekomen en hoe heeft deze zich ontwikkeld?
2. Welke invulling kan er op basis van de jurisprudentie gegeven worden aan de privaatrechtelijke zorgplicht?

De Hoge Raad heeft het bestaan van een zorgplicht voor het eerst erkend in het Kelderluik-arrest, waarin de gevaarstelling symbool staat voor de 'financiële gevaarstelling' zoals gecreëerd kan worden door de financiële dienstverlener.¹³⁷ De gegeven normen uit het privaatrecht zijn echter zeer ruim geformuleerd en geven geen concrete normen. Zo kan uit het arrest Baris/Riezenkamp worden geconcludeerd dat partijen in de precontractuele fase rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en verwachtingen.¹³⁸ Voor de financiële dienstverlener brengt dit met zich mee dat zij in deze fase onderzoek moet doen naar de belangen en verwachtingen van de potentiële cliënt. Ook wanneer het contract gesloten is moet de financiële dienstverlener rekening houden met de belangen van zijn cliënt. Deze zorgplicht kan gestoeld worden op de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW, maar in de meeste gevallen ook op artikel 7:401 BW. Dit artikel is van toepassing indien de relatie tussen financiële dienstverlener en cliënt beheerst wordt door de overeenkomst van opdracht. Een financiële dienstverlener voldoet aan zijn zorgplicht van artikel 7:401 BW indien hij zich gedraagt zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsgenoot mag worden verlangd, en handelt naar de belangen van zijn cliënt.¹³⁹ In feite blijft ook deze norm open: hoe kan immers bepaalt worden of een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot in dezelfde situatie had gehandeld? De Hoge Raad geeft in meerdere arresten invulling aan deze vraag, maar concrete normen ontbreken. De omstandigheden van het geval blijken telkens leidend te zijn. Hieromtrent vallen dan ook geen handvaten te geven.

Naast de precontractuele zorgplicht en de contractuele zorgplicht bestaat ook de buitencontractuele zorgplicht. De wettelijke basis hiervoor is de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. Aangetoond zal dan moeten worden dat de financiële dienstverlener heeft gehandeld in strijd met de door het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid en dat voldaan is aan de overige vereisten van de onrechtmatige daad.

5.2 Hoofdstuk 3; bijzondere zorgplicht

In hoofdstuk drie is het ontstaan en de ontwikkeling van de bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht uitgewerkt. De volgende deelvragen staan in dit hoofdstuk centraal:

1. Hoe is de bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht tot stand gekomen en hoe heeft deze zich ontwikkeld?

¹³⁷ HR 5 november 1966, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*)

¹³⁸ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*)

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld HR 26 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0226, HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159, HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355

2. Welke invulling kan er gegeven worden aan de bijzondere zorgplicht?

De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener is voornamelijk ontwikkeld ten aanzien van banken. In het arrest Rabobank/Everaars kwam de bijzondere zorgplicht voor het eerst ter sprake.¹⁴⁰ Naar aanleiding van de optiehandel-arresten¹⁴¹ kan een standaardoverweging worden geformuleerd: een bank die van haar particuliere cliënten opdrachten tot het uitvoeren van optietransacties ontvangt, is als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn. Deze zorgplicht - die naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, zodat, indien dat gevaar zich verwezenlijkt, bij de toepassing van de artikel 6:101 BW opgenomen maatstaf fouten van de cliënt die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortkomen in beginsel minder zwaar wegen dan fouten van de bank waardoor deze in die zorgplicht is tekortgeschoten - vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen. De omvang van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de eventuele deskundigheid van de cliënt, dienst inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd.¹⁴²

Deze standaardoverweging brengt meerdere plichten met zich mee. Allereerst behelst deze standaardoverweging een informatieplicht voor de financiële dienstverlener. De omstandigheden van het geval behelzen onder andere de inkomens- en vermogenspositie van de cliënt en zijn eventuele deskundigheid. Op de bank rust dus een *informatieplicht*. Het werd de bank in het arrest Rabobank/Everaars eveneens verweten dat zij niet voldaan had aan haar waarschuwingsplicht, omdat zij ondanks haar eigen waarschuwingen toch gehoor gaf aan de opdrachten van Everaars. In dit geval had de bank deze opdrachten moeten *weigeren*. In het geval van optiehandel rust op de bank in geval van margetekorten dus een weigeringsplicht.

De volgende conclusies kunnen worden getrokken naar aanleiding van de optiehandel-arresten:

- o De bijzondere zorgplicht is aangenomen ten aanzien van *particuliere* cliënten;
- o De bijzondere zorgplicht wordt gekoppeld aan de complexiteit van het product en de hieraan verbonden financiële risico's voor de particuliere cliënt;
- o De strekking van de zorgplicht is de cliënt te beschermen tegen haar eigen gebrek aan kennis en kunde omtrent de optiehandel;
- o De omvang van de bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval;
- o Onder omstandigheden van het geval kunnen in ieder geval worden meegenomen: de eventuele deskundigheid van de cliënt, dienst inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd;
- o Uit deze omstandigheden vloeit voor de bank zowel een informatie- als een waarschuwingsplicht voort;

¹⁴⁰ HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*)

¹⁴¹ HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*), HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (*Van de Klundert/Rabobank*) en HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*)

¹⁴² Zie onder andere HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*), HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*), HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (*Van de Klundert/Rabobank*), HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3288

- o Voor de bank kan zelfs een weigeringsplicht bestaan indien de cliënt opties wil schrijven maar niet langer kan voldoen aan zijn margeverplichtingen;
- o De bij de particuliere cliënt ontstane schade wordt in evenredigheid met de mate waarin zowel de cliënt als de bank hebben bijdragen aan de schade verdeeld.

De bijzondere zorgplicht geldt niet alleen ten opzichte van cliënten waarmee een contract gesloten is, maar kan in bepaalde gevallen ook gelden ten opzichte van derden. De bijzondere zorgplicht geldt ook ten opzichte van derden met wier belangen de bank rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁴³ Ook hier creëert de Hoge Raad een open norm waaraan geen verdere invulling wordt gegeven.

In de effectenlease-arresten¹⁴⁴ wordt de bijzondere zorgplicht vervolgens nogmaals uitgebreid. Op de bank rust in de precontractuele fase een mededelingsplicht (informatieplicht), zij moet haar cliënt informeren over het product dat de cliënt wil gaan kopen. Deze informatieplicht wordt echter in verhouding snel aangenomen en staat haaks op de eigen onderzoeksplicht die de cliënt heeft. Een beroep op dwaling wordt in de effectenlease-arresten dan ook niet gehonoreerd. Uit de effectenlease-arresten kunnen volgens van Dijk en Van der Woude de volgende conclusies omtrent het beroep op dwaling worden getrokken:

- o In het algemeen gaat de informatieplicht van de bank boven de onderzoeksplicht van de cliënt;
- o De cliënt mag afgaan op de juistheid van aan hem verstrekte informatie; bij reclame en op zichzelf staande mededelingen en (reken)voorbeelden moet hij echter de nodige oplettendheid en omzichtigheid betrachten;
- o Van de cliënt mag worden verwacht dat hij binnen redelijke grenzen maatregelen neemt om te voorkomen dat hij met een overeenkomst zou instemmen onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken;
- o In het kader van zijn onderzoeksplicht mag van een cliënt worden verwacht dat hij de stukken leest die hem voor het sluiten van de overeenkomst ter beschikking waren gesteld;
- o Bij onduidelijkheden moet hij zijn wederpartij om verduidelijking vragen;
- o Als die cliënt niet aan de onder III, IV en V genoemde onderzoeksplicht voldoet dan dient eventuele dwaling voor zijn risico te blijven.¹⁴⁵

In de effectenlease worden nog twee andere zorgplichten van de bank omschreven. De eerste betreft de al eerder genoemde waarschuwingsplicht. Op basis van de effectenlease-arresten kan echter geconcludeerd worden dat deze waarschuwingsplicht al tijdens de precontractuele fase een rol speelt. Hoewel de bank relatief snel voldoet aan zijn mededelingsplicht in de precontractuele fase, is dit anders ten opzichte van de waarschuwingsplicht. De bank dient haar cliënt uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoording te waarschuwen voor de risico's die verbonden zijn aan het aangaan van de overeenkomst. Zo kan het voorkomen dat de bank in de precontractuele fase voldoet aan zijn mededelingsplicht door voldoende informatiemateriaal omtrent het product te verstrekken, maar haar waarschuwingsplicht verzaakt doordat de cliënt niet uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoording wordt gewaarschuwd voor de risico's. Deze waarschuwingsplicht gaat vrij ver; zo is het niet voldoende om de cliënt een verklaring te laten tekenen. Er kan daarom aanbevolen worden om deze risico's tijdens gesprekken met de cliënt uitdrukkelijk naar voren te brengen en deze in niet mis te verstane woorden uit te leggen aan de cliënt. Omdat het tekenen van een verklaring niet genoeg blijkt, kan worden overwogen deze gesprekken (met toestemming van de cliënt) op te nemen. Hieruit kan blijken dat de bank

¹⁴³ HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*)

¹⁴⁴ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*)

¹⁴⁵ Van Dijk & Van der Woude 2009

weldegelijk heeft gewaarschuwd voor de risico's en dat de cliënt zich bewust was van deze risico's.

In tegenstelling tot de optiehandel-arresten, wordt in de effectenlease-arresten geen weigeringsplicht vastgesteld. Dit omdat de effectenlease-overeenkomsten minder risico met zich mee brengen dan dat het geval is in de optiehandel. Geconcludeerd kan worden dat een eventuele weigeringsplicht samenhangt met de risico's van een product. Hoe groter de complexiteit en de risico's die een bepaald product met zich mee brengt, hoe ruimer de zorgplicht van de bank.

In hoofdstuk drie is duidelijk geworden dat de financiële dienstverlener een bijzondere zorgplicht heeft ten opzichte van de particuliere cliënt. In 2014 breidt het hof deze zorgplicht echter uit naar ondernemingen, niet-zijnde professionele beleggers.¹⁴⁶ Deze lijn wordt door de rechtbank en het hof gevolgd. Onduidelijkheid blijft echter bestaan over de vraag wanneer een onderneming gekwalificeerd kan worden als een professionele belegger. Het hof gebruikt hiervoor de definitie uit de Wft, welk een concreet en duidelijk handvat zou zijn voor verdere rechtspraak. In een uitspraak van januari 2015 volgt de rechtbank deze uitspraak echter niet.¹⁴⁷ Er wordt wel degelijk geconcludeerd dat er sprake is van een professionele belegger, maar hiervoor gebruikt de rechtbank niet de definitie uit de Wft. Aanbevolen kan worden om eventuele nieuwe jurisprudentie hieromtrent in het oog te houden. Indien de definitie uit de Wft in meerder uitspraken gebruikt wordt als uitgangspunt om te bepalen of er sprake is van een professionele belegger, geeft dit een duidelijk en concreet handvat.

5.3 Hoofdstuk 4; beïnvloeding door publiekrechtelijke zorgplicht

In hoofdstuk vier staat de verhouding tussen de privaatrechtelijke zorgplicht en de publiekrechtelijke zorgplicht centraal. De volgende deelvraag is in dit hoofdstuk uitgewerkt: wat is de verhouding tussen de bijzondere zorgplicht in het BW de publiekrechtelijke zorgplicht in de Wft heeft deze invloed op de invulling van de bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht?

De zorgplicht zoals is neergelegd in het publiekrecht vertoont veel overeenkomsten met de bijzondere zorgplicht. In beide gevallen is sprake van zowel een informatie- waarschuwings- en weigeringsplicht. Het grootste verschil zit in de bewoording van deze plichten. De plichten uit het privaatrecht geven een open norm waarbij per zaak wordt gekeken naar de omstandigheden van het geval. De normen uit het publiekrecht zijn concreter en geven de financiële dienstverlener een duidelijker handvat met betrekking tot de invulling van de zorgplicht.

Beide stelsels staan niet los van elkaar, maar worden wederzijds door elkaar beïnvloed. In een civiele zaak kan de rechter betekenis geven aan de publiekrechtelijke plichten indien deze strekken ter bescherming van de cliënt. De bijzondere zorgplicht wordt dus beïnvloed door de publiekrechtelijke zorgplicht, maar bepaalt deze niet. Het is dus niet zo dat het voldoen aan de publiekrechtelijke zorgplicht automatisch met zich meebrengt dat ook de privaatrechtelijke zorgplicht niet is geschonden. De bijzondere zorgplicht heeft een verdere reikwijdte dan de publiekrechtelijke zorgplicht. Dit komt voort uit de open norm die het privaatrecht geeft en de waarde die wordt gehecht aan de omstandigheden van het geval. De financiële dienstverlener kan voor enig houvast voor de invulling van de informatie- waarschuwings- en weigeringsplicht aansluiting zoeken bij de publiekrechtelijke regels, maar moet niet uit het oog verliezen dat de bijzondere zorgplicht verder kan reiken dan deze publiekrechtelijke regels. Deze reikwijdte is dan met name afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

¹⁴⁶ Rechtbank Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415, Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052

¹⁴⁷ Rechtbank Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272

5.4 Beantwoording centrale vraag

De centrale vraag die in deze scriptie centraal staat luidt als volgt: wanneer heeft een financiële dienstverlener een bijzondere (privaatrechtelijke) zorgplicht jegens zijn (zowel particulier als zakelijke) cliënt en kunnen aanbevelingen gegeven worden over de invulling van deze bijzondere zorgplicht?

Een financiële dienstverlener heeft in geval van een adviesrelatie altijd een zorgplicht tegenover zijn cliënt. De financiële dienstverlener dient in alle gevallen rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van zijn (toekomstige) cliënt. Een bijzondere zorgplicht ontstaat wanneer er sprake is van een complex financieel product (zoals opties of effecten) waarbij voor de cliënt grote financiële risico's ontstaan. De reikwijdte van deze zorgplicht kan echter verschillen en is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De bijzondere zorgplicht bestaat uit meerdere plichten.

1. Informatieplicht (zowel de onderzoeksplicht als de mededelingsplicht). De onderzoeksplicht behelst de verplichting voor de bank om onderzoek te doen naar onder andere de financiële positie van de cliënt in de precontractuele fase. In de contractuele fase behelst dit bijvoorbeeld de plicht voor de bank om zich ervan te vergewissen dat de belangen van de cliënt nog steeds gediend worden. De mededelingsplicht ziet op het verstrekken van adequate mededelingen omtrent de aard van het product tijdens de precontractuele fase en het op de hoogte houden van de cliënt tijdens de looptijd van het contract;
2. Waarschuwingplicht. De financiële dienstverlener moet de cliënt adequaat en in niet mis te verstane woorden waarschuwen voor eventuele risico's, zowel voor risico's die reeds aan de start van het contract bekend zijn als wel voor de risico's die gedurende de looptijd van het contract ontstaan door bijvoorbeeld margetekorten. Een waarschuwing is volgens de Hoge Raad pas voldoende effectief indien dit ook daadwerkelijk leidt tot het gewenste gedrag van de cliënt.
3. Weigeringsplicht. In sommige situaties kan er voor de financiële dienstverlener een weigeringsplicht bestaan. Deze is gekoppeld aan de complexiteit van het financiële product en de risico's die hieraan verbonden zijn. In de praktijk is tot nu toe echter in geval van de optiehandel een weigeringsplicht aangenomen, maar daarmee valt niet uit te sluiten dat deze weigeringsplicht in de toekomst ook voor een ander financieel product wordt aangenomen.

Ondanks het feit dat de Hoge Raad zich de afgelopen jaren veelvuldig heeft uitgesproken over de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen, blijft de bijzondere zorgplicht een open norm. De bijzondere zorgplicht blijft steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval en invulling van de zorgplicht zal pas daadwerkelijk concrete vorm krijgen nadat er is geprocedeerd. Vanwege het feit dat de Hoge Raad in vrijwel elk arrest aangeeft dat de invulling van de bijzondere zorgplicht afhangt van de omstandigheden van het geval, is het niet mogelijk om aanbevelingen te doen. Wel blijft het uiteraard van belang de ontwikkeling van de zorgplicht (zowel privaats- als publiekrechtelijk) in de gaten te houden, zodat dit in de toekomst wellicht wel mogelijk is.

6 Jurisprudentielijst

Hoge Raad 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (Baris/Riezenkamp)
Hoge Raad 5 november 1966, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (Kelderluik)
Hoge Raad 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355
Hoge Raad 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4996
Hoge Raad 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3288
Hoge Raad 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586 (Groninger notaris)
Hoge Raad 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103 (Speeckaert/Gradener)
Hoge Raad 14 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0962
Hoge Raad 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2256 (D./Internationale Nederlanden Bank)
Hoge Raad 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (Rabobank/Everaars)
Hoge Raad 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536 (Mees Pierson/Ten Bos)
Hoge Raad 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (Van de Klundert/Rabobank)
Hoge Raad 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159
Hoge Raad 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (Kouwenberg/Rabobank)
Hoge Raad 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224 (Jetblast)
Hoge Raad 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (Safe Haven)
Hoge Raad 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV3385
Hoge Raad 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7619 (ABN Amro/Van Velzen)
Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia)
Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Levob/Bolle)
Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon)
Hoge Raad 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (Fortis/Bourgonje)
Hoge Raad 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986
Hoge Raad 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914 (*Rabobank*X)
Hoge Raad 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6759

Hof Amsterdam 19 januari 2004, JOR 2004, 110
Hof Arnhem 6 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN0830
Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052

Rechtbank Oost-Brabant, 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320
Rechtbank Amsterdam, 21 december 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AV1512
Rechtbank Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415
Rechtbank Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272

Kifid, Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr 2015-012 d.d. 6 januari 2015

7 Literatuurlijst

Van Baalen 2006

S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006

Van Baalen 2010

S.B. van Baalen, 'Aansprakelijkheid als gevolg van een schending van Wft-regels', in: D. Busch, *Onderneming en financieel toezicht* (Serie Onderneming en Recht, deel 57), Kluwer:2010

Bierens 2012

B. Bierens, 'De overeenkomst tot het verlenen van beleggingsadvies', in: *Maandblad voor Vermogensrecht* 2012-5

Bierens 2013

B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *Nederlands tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2013-3

Van Boom 2003

W. H. Van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', in: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2003-10

Van Boom 2009

W.H. van Boom, 'De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleasezaken', in: *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2009-6

Caria 2014

V.Y.E. Caria, 'De (bijzondere) zorgplicht van banken jegens ondernemers bij renteswaptransacties', in: *Onderneming & Financiering* 2014-2

Castermans 2012

A.G. Castermans,, 'Partijautonomie tussen contract en onrechtmatige daad, in: *Rode draad '20 jaar nieuw BW', Ars Aequi* november 2012

Cherednychenko 2010

O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', in: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010-11

Cherednychenko 2012

O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiekrecht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', in: *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2012-5

Van Dijk & Van der Woude 2009

H. van Dijk, F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie- onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', in: *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* nummer 2 – april 2009

Filott 2000

W.H.G.A. Filott, *Algemene bankvoorwaarden*, Deventer: Kluwer 2000

Giesen 2005

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005

Hartman & Kreupink 2011

A.R. Hartman & B.J.V. Keupink, 'Enkele opmerkingen over de reikwijdte van de publiekrechtelijke aansprakelijkheid bij zorgplichten in de financiële toezichtwetgeving', in: R. Stijnen & R. Kruisduik, *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011

Jansen 2010

K.J.O. Jansen, De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2010/6853

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012

De Jong 2008

C. de Jong, *Zorgplicht bij assurantiebemiddeling*, Deventer: Kluwer 2005

Loonen 2008

A.J.C.C.M. Loonen, 'Het 'Ken-Uw-Cliënt'-beginsel binnen de effectendienstverlening. Een juridische versus een economische-psychologische benadering', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008

Michiels van Kessenich-Hoogendam, 1982

I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, 'Beroepsfouten', in: *Studiepocket privaatrecht nr. 11*, 1982-9

Pape 2005

S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2005-06

Pijls 2009

A.C.W. Pijls, 'Schade effectenlease-overeenkomsten deels vergoed', in: *Maandblad voor Vermogensrecht* 2009-10

Pijls 2010

A.C.W. Pijls, 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener'. in: F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh, *'Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010

Reehuis 2010

W.H.M. Reehuis, *'Zwaartepunten van het vermogensrecht'* Deventer: Kluwer 2010

Rutten 2012

K. Rutten, 'De bijzondere zorgplicht van banken bij het afsluiten van renteswaps met professionele beleggers', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk*, 2012-8

Scheltema 2009

M.W. Scheltema, 'Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009-2

Van Schilfgaarde 1984

P. van Schilfgaarde, 'Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten', in: E.E.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw*, bundel Van der Grinten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984

Schonewille & Van den Bergen 2006

W.M. Schonewille & A.J.E. van den Bergen, 'De zorgplicht van banken en effecteninstellingen: beleggingsbescherming of paternalisme?', in: *Onderneming en Financiering*, 2006-70

Sjobbema 2007

G.H. Sjobbema, *Informatieverplichtingen van banken ten dienste van belastingheffing*, Apeldoorn: Maklu 2007

Timmermans 2008

L. Timmermans, 'Situationele gelijkheid in het (privaat)recht', in: *Gelijkheid in een pluriforme samenleving*, Amsterdam: KNAW Press 2008

Tjon Tjin Tai 2006

E. TjongTjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006

Tjon Tjin Tai 2010

E. TjongTjin Tai, 'Zorg, privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug', in: *Recht der Werkelijkheid* 2010-3

De Vré 2014

De Vré, 'De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht', in: *Wetenschappelijke Bijdragen*, Den Haag: Boom Uitgevers 2014

Weenink 2009

A.J. Weenink, 'De aandelenlease-affaire in een al maar uitdijend aantal rechtsvragen', in: *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2009-2