



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Dwaling tussen privaats- en publiekrecht

Castermans, A.G.; Hollander, P.W. den

Citation

Castermans, A. G., & Hollander, P. W. den. (2012). Dwaling tussen privaats- en publiekrecht. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, (6940), 563-574. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19726>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19726>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Dwaling tussen privaot- en publiekrecht



Prof. dr. A.G. Castermans*



Mr. P.W. den Hollander*

1. De harde knip van *De Treek/Dexia*

De Treek en Dexia sluiten op 5 april 2000 een effectenleaseovereenkomst. Daarbij rust op Dexia, aldus het Hof Arnhem, als professionele onderneming op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten jegens De Treek als particuliere belegger een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt De Treek te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Dexia schiet hierbij op twee punten tekort. Zij verzuimt De Treek in duidelijke en niet mis te verstane bewoordingen te informeren over het aan de overeenkomst verbonden risico dat hij bij tussentijdse beëindiging naast de rentetermijnen, nog een aanzienlijk deel van de hoofdsom zou moeten betalen, omdat de opbrengst van de effecten mogelijk daartoe onvoldoende zou zijn (het restschuldrisico). En zij laat na voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van De Treek en zich rekenschap te geven van de vraag of haar potentiële wederpartij naar redelijke verwachting over voldoende bestedingsruimte zou beschikken om aan de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen te kunnen voldoen.¹

De schending van deze uit de bijzondere zorgplicht van Dexia voortvloeiende waarschuwings- en onderzoeksplicht levert een onrechtmatige daad op. Volgens De Treek zou dit moeten betekenen dat er ook sprake is van schending van een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW, zodat hij de effectenleaseovereenkomst kan vernietigen, maar dat blijkt niet het geval. In het kader van dwaling heeft Dexia volgens het hof – met de zegen van de Hoge Raad – op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's, waaronder het restschuldrisico, redelijkerwijze te voorkomen. In een en dezelfde feitelijke context is dus geen precontractuele mededelingsplicht geschonden (gericht op het voorkomen van dwaling) en wel een delictuele bijzondere zorgplicht (in verband met de aan de overeenkomst verbonden risico's).² Wat verrast is de vanzelfsprekendheid waarmee deze 'harde knip' tussen precontractuele mededelingsplicht en uit de bijzondere zorgplicht voortvloeiende delictuele waarschuwings- en onderzoeksplicht wordt gepresenteerd.³ De beslissing in het kader van dwaling laat, aldus de Hoge Raad:

“onverlet dat (...) op Dexia uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht verder reikende waarschuwingsplichten rusten dan de plicht de inlichtingen te verschaffen die zij, gelet op de aard van de overeenkomst, naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken - en heeft verstrekt - om te voorkomen dat De Treek omtrent de essentiële eigenschappen van de overeenkomst zou dwalen”.⁴

Vanwaar deze vanzelfsprekendheid? Een eerste verklaring ligt in het feit dat de beslissing van het hof nauw is verweven met de feiten en omstandigheden van het geval. Het is voor een belangrijk deel aan de rechter te oordelen of er sprake is van een mededelingsplicht of een waarschuwingsplicht, op straffe van deze of gene sanctie.

Een tweede verklaring ligt in het karakter van de verschillende plichten. In het kader van dwaling zou er weliswaar kunnen worden gesproken van een rechtsplicht van de een om de ander voor een wilsgebrek te

* Als hoogleraar resp. PhD-fellow verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden.
(a.g.castermans@law.leidenuniv.nl) en
(p.w.den.hollander@law.leidenuniv.nl)

1. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *NJ* 2012, 182 (*De Treek/Dexia*) m.nt. J.B.M. Vranken onder HR 5 juni 2009, *LJN*: BH2822, *NJ* 2012, 184 (GeSp/Aegon), r.o. 4.8.2-4.8.4.
2. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *NJ* 2012, 182, r.o. 4.1 (*De Treek/Dexia*).
3. Deze verrassing wordt breed gedeeld. Zie bijv. S.B. van Baalen, 'Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten anno 2009?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 302-303; W.L. Valk, 'Dwaling, tekortkoming en effectenlease', *NTBR* 2009-7, p. 237; T.F.E. Tjong Tjin Tai & F.M.J. Verstijlen, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2009-34, p. 2168; S.B. van Baalen, 'Drie recente effectenleasearresten van de Hoge Raad', *Ondernemingsrecht* 2009-17, p. 758; W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, 'Dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *Ars Aequi* 2010-3, p. 194 e.v.; J.H.A. Lokin, 'Van schuld naar plichtsverzuim', *RM Themis* 2011-1, p. 2-3; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 518-519. Anders: A.J.P. Schild, 'Mededelingsplichten komen van Venus, waarschuwingsplichten van Mars', *WPNR* (2009) 6821, p. 939-940 en J.B.M. Vranken, noot onder HR 5 juni 2009, *LJN*: BH2822, *NJ* 2012, 184 (GeSp/Aegon), sub 12-13 en 19, waarover nader in par. 6.
4. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *NJ* 2012, 182, r.o. 4.4.5 (*De Treek/Dexia*).

behoeden, maar uiteindelijk gaat het om niet meer dan een argument in de redenering die leidt tot de conclusie dat er sprake is van rechtens relevante dwaling. In de delictuele context is daarentegen zonder twijfel sprake van een op zichzelf staande rechtsplicht, die voor een belangrijk deel – onder meer het ‘ken uw cliënt’-beginsel – ook nog eens uitdrukkelijk is neergelegd in publiekrechtelijke gedragsregels.

Wij gaan in op de verschillen tussen de bijzondere zorgplicht zoals uitgewerkt in de delictuele context en in publiekrechtelijke gedragsregels enerzijds en de mededelingsplicht bij dwaling anderzijds (par. 2 en 3). Het verschil in context behoeft niet tot verschil in uitkomst te leiden (par. 4). Een ‘harde knip’ tussen beide is bovendien niet door de wetgever beoogd (par. 5). Tegen deze achtergrond breken wij een lans voor de inzet van de dwaling in het financieel contractenrecht (par. 6 en 7). Hoewel dwaling het instrument bij uitstek is om de privaatrechtelijke partijautonomie te beschermen, is zij niet immuun voor regels van meer algemene of zelfs publiekrechtelijke signatuur.

2. De bijzondere zorgplicht

De Treek doet denken aan Saladin, rekeninghouder bij de Hollandsche Bank-Unie. Saladin was een leek op financieel gebied. Hij vroeg en verkreeg van het HBU-kantoor in Willemstad adviezen over financiële problemen en beleggingsmogelijkheden en volgde deze op. Zo liet hij zich verleiden te beleggen in aandelen Waterman Pen Company. Dat bleek een onfortuinlijke beslissing. Saladin leed groot koersverlies en renteschade. De HBU verweerde zich met een beroep op haar exoneratieclausule. Volgens het hof mocht HBU dat doen, omdat zij de ongevraagde adviezen niet te kwader trouw had gegeven. De Hoge Raad liet de beslissing in stand, maar niet zonder een nieuw criterium te geven: dat een beroep op een exoneratieclausule in strijd kan zijn met de goede trouw, waarbij betekenis toekomt aan de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van de partijen.⁵ Annotator Scholten vulde dit gezichtspunt meteen in: van belang kan zijn dat een leek in financiële zaken staat tegenover een deskundig lichaam als een bank.⁶

Juist vanwege de maatschappelijke functie en deskundigheid van de financiële onderneming ter zake van niet zelden complexe financiële producten en diensten en het vertrouwen dat haar cliënt hieraan pleegt te ontlenen, is in de afgelopen decennia de ‘bijzondere zorgplicht’ ontwikkeld. Het gaat om een open norm die in concrete gevallen wordt uitgewerkt, nu eens in een contractuele, dan weer in een precontractuele of delictuele context. De bijzondere zorgplicht hangt als het ware *freischwebend* boven het gehele vermogensrecht, zonder dat daarvoor een eenduidige wettelijke grondslag valt aan te wijzen.⁷ Zij neemt de gedaante aan van een precontractuele mededelingsplicht in het kader van dwaling (art.

6:228 lid 1 sub b BW)⁸ en een contractuele verplichting tot bewaken van de ‘marginverplichting’ bij optiehandel.⁹ In *De Treek/Dexia* situeert de Hoge Raad de bijzondere zorgplicht van Dexia nadrukkelijk in de delictuele sfeer: de schending door Dexia van de op haar rustende waarschuwings- en onderzoeksplicht levert een onrechtmatige daad op.¹⁰

Anders dan in de tijd van Saladin en HBU is de vraag of de financiële onderneming zich voldoende rekening geeft van haar maatschappelijke positie en verhouding tot haar cliënt niet alleen een zaak van partijen onderling, maar ook van de overheid. Vanaf de jaren negentig zijn verschillende uitwerkingen van de bijzondere zorgplicht gecodificeerd in bijzondere wetgeving zoals de Wet toezicht effectenverkeer 1995 en de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (zie bijvoorbeeld art. 28 NRte) en, sinds 2007, de Wet op het financieel toezicht (Wft). Op de naleving van de in deze wet neergelegde ‘gedragsregels’ wordt toegezien door de Autoriteit Financiële Markten (AFM; art. 1:25 Wft). Deze publiekrechtelijke gedragsregels zijn deels van privaatrechtelijke origine, nu een aanzienlijk deel ervan is gebaseerd op beursreglementen en algemene voorwaarden.¹¹

In de afdeling ‘Zorgvuldige dienstverlening’ schrijft de Wft onder meer voor dat de financiële onderneming informatie verstrekt aan de cliënt welke ‘correct, duidelijk en niet misleidend’ is en waarvan het ‘commerciële oogmerk (...) als zodanig herken-

5. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*).
6. Vgl. de conclusie van A-G Bakels voor HR 21 december 2001, LfN AD7366, JOR 2002, 52, sub 2.24, m.nt. B. Wessels (*MCB/Lowstate*): “De maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen ten slotte is een gezichtspunt dat alleen maar verder in het nadeel van MCB had kunnen werken. MCB is immers als bankier een professionele bewaarder van gelden die tegen een beloning werkt, terwijl is gesteld noch gebleken dat Lowstate een deskundigheid of financieel gewicht heeft die dat van de bank kan benaderen.”
7. K.J.O. Jansen, ‘De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument’, *WPNR* (2010) 6853, p. 624. Instemmend A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 24 december 2010, LfN BO1799, NJ 2011, 251, noot 11, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje c.s.*).
8. HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Lanschot/Bink*).
9. HR 11 juli 2003, LfN AF7419; NJ 2005, 103, m.nt. C.E. du Perron (*Van Zuylen/Rabobank*). Zie ook HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*) en HR 24 januari 1997, NJ 1997, 260 (*Dinkgreve/NMB*).
10. Zie ook HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285, r.o. 3.6.2, m.nt. W.M. Klein (*MeesPierson/Ten Bos c.s.*) en in het kader van de optiehandel, recent, HR 3 februari 2012, LfN: BU4914, NJ 2012, 95 (*Rabobank Vaart en Vecht/X*).
11. O.O. Cherednychenko, ‘De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht’, *NTBR* 2010-3, p. 73 en ter zake van de ‘marginverplichting’ in de optiehandel B.T.M. van der Wiel, ‘De marginverplichting bij handel in aandelenopties. Van Haanstra/Rabobank tot Nabbe/Staalbankiers’, *MvV* 2010-6, p. 154-156. Vgl. A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 23 december 2005, LfN AU3713; NJ 2006, 289, sub 5.10, m.nt. M.R. Mok (*Fortis/Stichting Volendam*).

baar is' (art. 4:19 lid 1 en 2 Wft). Vooraleer tot dienstverlening wordt overgegaan of een overeenkomst ter zake van een bepaald product tot stand komt dient de cliënt informatie te worden verstrekt 'voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van die dienst of dat product' (art. 4:20 lid 1 Wft).¹² In zoverre strookt de Wft met het Burgerlijk Wetboek dat met de art. 6:193c, 6:194 en 6:228 BW vergelijkbare open normen stelt.¹³

Scherpere normen stelt de Wft in het kader van het door de financiële onderneming in acht te nemen 'ken uw cliënt'-beginsel. De Wft bepaalt bijvoorbeeld niet alleen dat de financiële onderneming – alvorens over te gaan tot advisering of beheer van vermogen van de consument of cliënt – informatie inwint over de cliënt, maar ook betrekkelijk gedetailleerd welke informatie dat moet zijn: de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de cliënt, zij het voor zover redelijkerwijs relevant (art. 4:23 lid 1 sub a Wft). In het kader van de kennis en ervaring van de cliënt moeten de door hem genoten opleiding en het (de) door hem uitgeoefende beroep(en) mede in aanmerking worden genomen.¹⁴ De financiële onderneming dient haar dienstverlening vervolgens mede op deze informatie – het 'cliëntenprofiel' – te baseren (art. 4:23 lid 1 sub b Wft). Verleent de financiële onderneming een beleggingsdienst die niet bestaat in het beheren van individueel vermogen en waarbij niet tevens advies wordt gegeven, dan bepaalt de Wft dat zij is gehouden een 'passendheidstoets' uit te voeren aan de hand van ingewonnen informatie over de kennis en ervaring van de cliënt (art. 4:24 lid 1 Wft) en, wanneer de betreffende dienst niet 'passend' blijkt, de cliënt te waarschuwen (art. 4:24 lid 2 Wft).¹⁵

Als gezegd ziet de AFM toe op de naleving van de gedragsregels in de Wft. Onlangs beboette zij ABN Amro (EUR 30.000).¹⁶ De bank had bij de advisering over een overlijdensrisicoverzekering in het kader van een hypothecaire lening nagelaten informatie in te winnen over de risicobereidheid van twee consumenten 'ten aanzien van de betaalbaarheid van de hypotheeklasten' in het geval één van beiden zou overlijden (art. 4:23 lid 1 sub a Wft).¹⁷ Schending van Wft-normen legitimeert echter niet alleen de AFM om in actie te komen. Ook de benadeelde cliënt kan daaraan een actie ontlenen uit onrechtmatige daad tegen de financiële onderneming.¹⁸ Dit volgt met zoveel woorden uit de parlementaire geschiedenis. De wetgever merkt schending van de Wft aan als onrechtmatige daad en stelt buiten twijfel dat hij met de wet niet alleen het goed functioneren van financiële markten nastreeft, maar ook de bescherming van consumenten, zodat aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW zal zijn voldaan:

"Daar waar de consument schade leidt [sic; AGC en PwDH] als gevolg van een overtreding van dit voorstel zal ook worden voldaan aan het

relativiteitsvereiste van artikel 6:163 van het BW. Dit voorstel heeft immers mede tot doel consumenten te beschermen tegen onbehoorlijk handelen van financiële ondernemingen. Wanneer sprake is van overtreding van een wettelijke bepaling door een financiële onderneming (in casu de Wft) is daarmee de onrechtmatigheid [jegens de desbetreffende consumenten; AGC en PwDH] gegeven."¹⁹

In dezelfde tijd volgde de Hoge Raad ten aanzien van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte) in het arrest Fortis/Stichting Volendam een op het oog minder strakke lijn. Het hof achtte de bank aansprakelijk wegens schending van hetgeen naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en merkte de strekking van de Wte aan als een van de omstandigheden die de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht bepalen. De Hoge Raad overwoog:

12. Zie uitgebreid C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 555 e.v.
13. Jansen 2010, p. 626.
14. Dit blijkt uit de toelichting bij art. 80c lid 1 BGfo Wft, waarin het 'ken uw cliënt'-beginsel nader wordt uitgewerkt (*Stb.* 2007, 407, p. 100). Zie Grundmann-van de Krol 2010, p. 567.
15. Zie uitgebreid R.P. Raas, 'Beleggingsondernemingen, ken uw cliënt!', in: D. Busch & C.M. Grundmann-van de Krol (red.), *Handboek beleggingsondernemingen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 651 e.v.
16. Zie het persbericht van 13 december 2010 en de openbare versie van het boetebesluit op de site van de AFM: www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2010/dec/boete-abn.aspx. Het boetebesluit is inmiddels definitief geworden; ABN Amro is niet in beroep gegaan.
17. Boetebesluit, p. 3. In een ander aan de beboeting ten grondslag gelegd geval (boetebesluit, p. 7) won ABN Amro weliswaar informatie in over de financiële positie en risicobereidheid van twee consumenten, maar baseerde zij haar advies over een aanvullende overlijdensrisicoverzekering niet op die informatie. In plaats van een aanvullende overlijdensrisicoverzekering voor het bedrag van EUR 75.428, adviseerde ABN Amro een bedrag van EUR 100.000, zonder deze afwijking te onderbouwen (art. 4:23 lid 1 sub b Wft).
18. Derhalve in het kader van de onrechtmatigheidsrubriek doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht (art. 6:162 lid 2 BW) en, eventueel, als factor bij beantwoording van de vraag of in strijd is gehandeld met het ongeschreven recht, aldus ook A.C.W. Pijs, 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener', in: F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (red.), *Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 182.
19. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393-394. In deze zin ook Pijs 2010, p. 182; Chr.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', *AV&S* 2009-2, p. 78-79. Van Baalen maakt onderscheid tussen gedrags- en prudentiële normen in de Wft: van de laatste zou minder snel mogen worden aangenomen dat deze (mede) de individuele vermogensbelangen van consumenten beschermen; S.B. van Baalen, 'Aansprakelijkheid als gevolg van een schending van Wft-regels', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1013-1038.

“Het hof heeft terecht geoordeeld (...) 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 (vgl. HR 9 januari 1998, nr. 16 399, NJ 1999, 285). Tot die omstandigheden behoort, naar het hof evenzeer terecht heeft geoordeeld, dat de bepalingen van de Wte, blijkens de wetsgeschiedenis, mede strekken ter bescherming van de belangen van de beleggers.”²⁰

Deze redenering lag voor de hand, omdat het in deze zaak niet de aangesproken bank zelf was die de Wte overtrad, maar een van haar cliënten, die daarmee andere cliënten blootstelde aan risico's. Niettemin maakt het arrest duidelijk dat schending van de Wte onrechtmatig is jegens de benadeelde belegger, nu deze mede strekt ter bescherming van diens belangen. Volgens annotator Mok is er een zelfde verband te leggen met de contractuele zorgplicht:

“In beginsel zijn de verplichtingen op grond van de Wte van publiekrechtelijke aard. Het niet naleven van zulke verplichtingen stelt de betrokken ondernemers bloot aan door de overheid te treffen sancties. Op grond van art. [6; AGC en PWdH]: 248, lid 1, BW kan men echter aannemen dat de publiekrechtelijke verplichtingen van een financiële onderneming in de contractuele verhouding tussen die onderneming en haar cliënten wordt gereflecteerd.”²¹

Daarmee krijgt de bijzondere zorgplicht – bijvoorbeeld bij de uitwerking aan de hand van het ‘ken uw cliënt’-beginsel – in het privaatrecht een scherpere die zij vóór de introductie van de publiekrechtelijke gedragsregels ontbeerde. Die publiekrechtelijke scherpere laat echter onverlet dat de privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht als norm van ongeschreven recht, ingekleurd door de omstandigheden van het geval, verder kan reiken dan de wettelijke, publiekrechtelijke zorgplicht,²² zoals de Hoge Raad ook in *De Treek/Dexia* overweegt.²³ Aan het karakter van een op zichzelf staande rechtsplicht doet dat niet af.²⁴

3. De mededelingsplicht bij dwaling

Zo scherp is het in de context van dwaling niet. Daar staan twee partijen tegenover elkaar. Zij sluiten een overeenkomst, waarbij eerst en vooral als uitgangspunt dient dat elk haar eigen belangen in de gaten houdt.²⁵ Indien naderhand blijkt dat een van beiden dwaalde, rijst de vraag of de dwalende de overeenkomst kan vernietigen op grond van het feit dat zijn wil gebrekkig blijkt te zijn gevormd. Daarvoor is nodig te weten of de wederpartij onjuiste informatie heeft verschaft dan wel of de wederpartij een mede-

delingsplicht (eventueel voorafgegaan door een onderzoeksplicht) heeft geschonden.

Over het rechtskarakter van de mededelingsplicht en de onderzoeksplicht die daarin besloten ligt, lopen de meningen uiteen. Ook op dit punt zijn de plichten bij dwaling minder scherp gedefinieerd dan bij de bijzondere zorgplicht zoals die is uitgewerkt in de delictuele context in *De Treek/Dexia* en in de gedragsregels van de Wft. Zeker is dat de sanctie op een verzwijging hierin is gelegen dat de wederpartij zich niet kan verweren tegen een beroep op dwaling, bijvoorbeeld in de zin, dat de dwalende cliënt zichzelf beter had moeten voorbereiden op het sluiten van de overeenkomst.²⁶ Daarmee zijn de plichten eerst en vooral een hulpmiddel om te beoordelen of er sprake is van een rechtens relevante dwaling of een voorwaarde voor rechtsbescherming tegen dwaling. Maar de mededelingsplicht kan ook worden gezien als rechtsplicht – als gedragsregel die op straffe van aansprakelijkheid moet worden nageleefd – waarnaar art. 6:162 lid 2 BW verwijst en waarvan de schending een verbintenis tot schadevergoeding oplevert.²⁷ Zelfs een vordering tot nakoming ligt in het verschiet, in situaties waarin een vordering tot dooronderhandelen of tot het sluiten van een over-

20. HR 23 december 2005, *LJN* AU3713; *NJ* 2006, 289, r.o. 6.3.2, m.nt. M.R. Mok (*Fortis/Stichting Volendam*).
21. M.R. Mok, noot onder HR 23 december 2005, *LJN* AU3713; *NJ* 2006, 289 (*Fortis/Stichting Volendam*), sub 2.
22. De meningen zijn verdeeld over de vraag of het feit dat de in de Wft geïmplementeerde *Markets in Financial Instruments Directive* (Richtlijn 2004/39/EG; MiFID) maximumharmonisatie beoogt al dan niet in de weg staat aan het aannemen van verder reikende zorgplichten in het privaatrecht dan voorgeschreven door deze richtlijn. Cherednychenko 2010, p. 73-75 meent van niet, evenmin als Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 79. Daarentegen meent Busch van wel: D. Busch, ‘Het “civiel effect” van MiFID: Europese invloed op aansprakelijkheid van vermogensbeheerders’, *Ondernemingsrecht* 2012-2, p. 70-72, onder verwijzing naar C.W.M. Lieveer in haar JOR-noot onder *De Treek/Dexia* (*JOR* 2009, 199), sub 12 en Van Baalen 2010, p. 1024. Vgl. M. Tison, ‘De civielrechtelijke dimensie van MiFID in rechtsvergelijkend perspectief’, *Ondernemingsrecht* 2010-7, p. 303-313.
23. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815; *NJ* 2012, 182, r.o. 4.11.5 (*De Treek/Dexia*).
24. De burgerlijke rechter is hierbij niet gebonden aan de beslissing van de bestuursrechter of al dan niet een publiekrechtelijke bepaling is geschonden; HR 27 november 2009, *LJN* BH2162; *RvdW* 2009, 1403, r.o. 4.38.2 (*VEB c.s./World Online c.s.*). De bestuursrechter moet zich buigen over het handelen van de betrokken autoriteit (is terecht en op juiste gronden een boete opgelegd?), terwijl de burgerlijke rechter moet beoordelen of de financiële onderneming haar zorgplicht jegens de cliënt heeft geschonden.
25. HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).
26. HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97, m.nt. G.J. Scholten (*Van der Beek/Van Dartel*).
27. Mon. NBW A-11 (Van Nispen), nr. 24 en 32; A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 135-139; anders Hijma in onder meer zijn noten onder HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, 534 (*Visser/Ridderkerk*) en HR 16 juni 2000, *LJN* AA6237; *NJ* 2001, 559 (*Beheermaatschappij/Stijnman*).

eenkomst aan de orde is.²⁸ Daarbij zou men kunnen denken aan een collectieve actie tot nakoming van de in de jurisprudentie uitgekristalliseerde onderzoeks- en waarschuwingsplichten van financiële ondernemingen.

In *De Treek/Dexia* is niet gebleken dat Dexia onjuiste informatie heeft gegeven. Heeft zij ten onrechte gezwegen over het restschuld risico? Zoals de plaatsvervangend Procureur-Generaal De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor het arrest schrijft, is het moeilijk voor het aannemen van een mededelingsplicht algemene regels te geven.²⁹ De omstandigheden van het geval zijn beslissend. Aan de parlementaire geschiedenis zijn evenwel enkele basisvereisten te ontlelen.³⁰ Relevant is of de wederpartij zelf een juiste voorstelling van zaken had of behoorde te hebben, of zij wist of behoorde te weten wat essentieel was voor de dwalende om de overeenkomst onder de bedongen voorwaarden te sluiten en of zij wist of behoorde te weten dat er sprake was van dwaling op dit punt. In deze formuleringen ligt besloten dat de wederpartij eventueel behoort te weten dat de ander dwaalt en wat de ander van doorslaggevend belang acht om de overeenkomst aan te gaan. In zoverre is er sprake van een onderzoeksplicht die is te vergelijken met het 'ken uw cliënt'-beginsel dat is neergelegd in de Wft. Inhoudelijk zijn er wel verschillen: bij dwaling is het onderzoek gericht op de kennis van de dwalende en op wat de dwalende partij subjectief beweegt, terwijl het 'ken uw cliënt'-beginsel meer is gericht op de vraag of de transactie voor de cliënt in meer objectieve zin verantwoord is.³¹ Kleuren wij deze abstracte verschillen in, dan blijft van die verschillen echter weinig over. De Wft beschrijft immers in het algemeen wat voor cliënten belangrijk wordt geacht (financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid); de financiële onderneming zou er toch mee rekening moeten houden dat dat, behoudens contra-indicaties, in het concrete geval niet anders is.

Indien aan de basisvereisten is voldaan, moet nog worden uitgezocht of uit de verkeersopvattingen voortvloeit dat de wederpartij de dwalende uit de droom moest helpen.³² Bij dwaling ligt het voor de hand een eventuele mededelingsplicht van de wederpartij af te wegen tegen een eventuele onderzoeksplicht van de dwalende. Voor een beroep op vernietiging wegens dwaling volgt dan een keuze: weegt de mededelingsplicht zwaarder, dan komt de dwalende een beroep op dwaling toe. Gaat het om een vordering tot wijziging van de overeenkomst op grond van art. 6:230 BW of tot schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW – eventueel naast de vordering tot vernietiging –, dan kan de zwaarte van beide plichten tot uitdrukking komen bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding.³³ Het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, sluit immers niet uit

dat de andere partij ter zake van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft.³⁴ De open formulering van de dwalingsregeling maakt het mogelijk zowel bij het bepalen van de omvang van de mededelingsplicht rekening te houden met feiten en omstandigheden aan de zijde van de dwalende, als bij het toepassen van art. 6:228 lid 2 BW.³⁵

Banken worden ook in dwalingszaken aangesproken op hun bijzondere positie, zoals in het befaamde arrest *Van Lanschot/Bink*. Zowel de bank als mevrouw Bink dwaalde bij het aangaan van een borgtocht over de risico's die mevrouw Bink als borg zou lopen. Het dwalingsrisico zou voor rekening van de bank komen, indien zij niet kon bewijzen dat zij mevrouw Bink had voorgelicht over de risico's:

“Aan 's hofs beslissing om de Bank toe te laten tot het leveren van bewijs van haar stelling dat zij mevrouw Bink heeft gewezen op de aan het aangaan van de onderhavige borgtocht verbonden risico's ligt kennelijk de - juiste - gedachte ten grondslag, dat onder omstandigheden als waarop in het cassatiemiddel een beroep wordt gedaan, het gevaar van ondoordachtetheit of misplaatst vertrouwen op de goede afloop zodanig is dat het een professionele kredietverlener als

28. J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 199; Jansen 2012, p. 36-42, erkent het normerende karakter van de plichten, maar acht in de praktijk een vordering tot nakoming niet goed denkbaar.
29. Conclusie plaatsvervangend P-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815; *NJ* 2012, 182, sub 4.6 (*De Treek/Dexia*).
30. In welk verband wordt opgemerkt dat een mededelingsplicht niet te snel mag worden aangenomen (Parl. Gesch. Boek 6, p. 909 (MvA II)). Op p. 907 wordt er vanuit gegaan dat met het stellen van de eis dat er sprake moet zijn van het schenden van een mededelingsplicht strengere eisen aan een beroep op dwaling worden gesteld dan onder het oude recht het geval was. Deze opmerking wordt in rechtspraak en literatuur gerelativeerd; zie *Verbintenissenrecht* (Hijma), art. 6:228 BW, aant. 4 met verwijzing naar onder meer HR 3 juni 1994, *NJ* 1997, 287, m.nt. C.J.H. Brunner (*Direktbank/Breda*).
31. Zie ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 24 december 2010, *LJN* BO1799; *NJ* 2011, 251, sub 3.38.2. m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje c.s.*).
32. Over de rol van verkeersopvattingen in dit verband Castermans 1992, p. 66. Zie ook Asser/Hijma 2007 (5-I), nr. 235, sub 4.
33. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 230-231; Castermans 1992, p. 27-28, 132-134 en 144; J.H. Nieuwenhuis, 'Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten? Digitale en analoge werking van redelijkheid en billijkheid', *WPNR* (1998) 6304, p. 156.
34. HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666, m.nt. W.M. Kleijn (*Offringa/Vinck en Van Rosberg*). Zie over de verhouding tussen beide plichten in kritische zin K.J.O. Jansen, 'De gulden middenweg', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 337-351.
35. Met betrekking tot de mededelingsplicht, zie conclusie plaatsvervangend P-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815; *NJ* 2012, 182, sub 4.5 (*De Treek/Dexia*). Beide technieken worden in zaken rond effectenleaseovereenkomsten toegepast; *Verbintenissenrecht* (Hijma), art. 6:228 BW, aant. 156A.

de bank - die in de regel beter in staat zal zijn om het risico dat de borg loopt, te beoordelen dan de particulier die uit hoofde van zijn persoonlijke relatie tot de schuldenaar bereid is borg te staan - alleen dan vrijstaat te betogen dat de dwaling voor rekening van de particuliere borg moet blijven indien hij stelt en voor zover nodig bewijst dat hij de borg omtrent die risico's heeft voorgelicht.³⁶

In een andere zaak leed Hendriks grote verliezen op de optiebeurs. Hij sprak ABN Amro aan en sloot met haar een vaststellingsovereenkomst. De bank bleek jegens Hendriks veel minder toeschietelijk dan jegens een andere cliënt die beter dan Hendriks op de hoogte was van de uitspraken van de klachtencommissie Optiebeurs. Hendriks kon de overeenkomst vernietigen op grond van dwaling. Naar het oordeel van het hof verhindert de rol die banken in het maatschappelijk verkeer vervullen, te aanvaarden dat een bank haar cliënt onjuiste informatie verschaft omtrent diens rechtspositie. Daarbij nam het hof in aanmerking dat de - niet deskundige - cliënt mogelijk in het licht van voormelde rol snel geneigd zal zijn op stellige mededelingen van de - wel deskundige - bank af te gaan. Ook achtte het hof de vertrouwensrelatie tussen bank en cliënt van belang als ook het feit dat ABN Amro zich in art. 2 van de toepasselijke Algemene Bankvoorwaarden heeft verplicht naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening te houden.³⁷

Toch wordt in de meeste effectenlease-overeenkomstzaken het beroep op dwaling verworpen, nu eens door - zoals in het Dexia-arrest - vast te stellen dat juiste informatie is verschaft en geen mededelingsplicht is geschonden, dan weer door te oordelen dat het dwalingsrisico bij de dwalende ligt. Daarbij wordt doorgaans niet van belang geacht of de cliënt de informatie heeft begrepen dan wel of hij aan deze informatie een juiste voorstelling van zaken heeft kunnen ontlelen.³⁸

Zo krijgt de bijzondere zorgplicht een andere uitwerking in de precontractuele context dan in de delictuele context, in een en dezelfde zaak. Is dit onontkoombaar of kan het anders?

4. Een onnodige knip

De verschillen tussen de precontractuele en de delictuele context kunnen op zichzelf verklaren dat van schending van een uit bijzondere zorgplicht voortvloeiende delictuele waarschuwings- en onderzoeksplicht sprake is en tegelijkertijd geen contractuele mededelingsplicht is verzaakt, zoals de Hoge Raad aanneemt in *De Treek/Dexia*. Bij de vormgeving van de bijzondere zorgplicht in de delictuele context speelt het algemeen belang mee en dat is in de afgelopen decennia juist in de financiële sector steeds scherper gedefinieerd, zowel in de privaatrechtelijke jurisprudentie als in publiekrechtelijke gedrags-

regels. De desbetreffende normen gaan metterdaad verder dan het juist en volledig informeren van de cliënt, zoals bij dwaling, en zien ook op waarschuwen en adviseren.³⁹ De informatie moet in sommige gevallen vergezeld gaan van enige duiding en advies, op een zodanige wijze dat zij de dwalende ook metterdaad bereikt.⁴⁰

Maar daarmee is niet gezegd dat een verschillende uitkomst onvermijdelijk is. Integendeel. Ook in de context van dwaling zou het passen eisen te stellen aan de wijze waarop de mededelingsplicht wordt vervuld. Daarbij gaat het immers over de vraag of en in hoeverre de wederpartij de dwalende uit de droom moet helpen. Voor het antwoord kunnen de maatschappelijke positie van de partijen, de aard van de overeenkomst en de verkeersopvattingen van belang zijn, zowel voor de verdeling van het dwalingsrisico in het algemeen als voor het bepalen van bestaan en omvang van een onderzoeks- of mededelingsplicht. Daarmee zijn niet alleen de belangen van betrokken partijen in het geding, maar ook het algemeen belang. Met de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de financiële onderneming wordt dus ook in het kader van dwaling rekening gehouden, zoals blijkt uit de arresten *Van Lanschot/Bink* en *Hendriks/ABN Amro* (zie par. 3).

Daarbij komt dat het in het kader van dwaling niet alleen maar gaat om het juist en volledig informeren van de dwalende. Dat ondervond een professionele verkoper van een tweedehands auto. De door Gomes gekochte auto was elf jaar oud. Volgens de kilometer-teller van deze auto zou de auto in elf jaar ruim

36. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Lanschot/Bink*); Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 245. Vgl. Hof Arnhem 20 februari 2007, *LJN* BA0359; *NJF* 2007, 152, waarin de bank slechts in zijn algemeenheid had gewezen op de risico's die aan een borgtocht zijn verbonden en had verzuimd de particuliere borg voor te lichten over wat zij over de hoofdschuldenaar wist. Het hof nam aan dat de bank in dit geval niet, althans in onvoldoende mate, aan haar mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW had voldaan. Deze regel is niet zonder meer van toepassing in de rechtsverhouding tussen dezelfde bank en de hoofdschuldenaar - zoon Bink - die van de bank een kredietfaciliteit had gekregen om met behulp daarvan te kunnen deelnemen in een onderneming; HR 19 mei 1995, *NJ* 1997, 648, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bink/Van Lanschot*). Vanzelfsprekend moet de dwalende zijn dwaling bij gemotiveerde betwisting door de bank wel bewijzen; HR 8 oktober 1999, *NJ* 1999, 781 (*Bouman/Rabobank*).
37. HR 29 september 1995, *LJN* ZC1825; *NJ* 1998, 81, m.nt. C.J.H. Brunner (*ABN Amro/Hendriks*).
38. Voor een overzicht: Verbintenissenrecht (Hijma), art. 6:228 BW, aant. 156A.
39. Zie Schild 2009, p. 939-940 en A.S. Hartkamp, 'Nieuwe gerechtigheidsgedachten in het vermogensrecht', *WPNR* (2010) 6843, p. 386.
40. De (privaatrechtelijke) zorgplicht om de marginverplichting bij handel in opties te bewaken gaat zelfs zover dat de bank gehouden is de optiepositie van de cliënt te sluiten, indien deze de marginverplichting niet nakomt.

130.000 kilometer gereden hebben. De door partijen gesloten en door Gomes ondertekende overeenkomst hield onder meer in dat de 'km std' 'onlogisch' was. In de algemene voorwaarden van de verkoper was bepaald dat de verkoper er niet voor in staat dat de stand van de kilometerteller bij de verkoop het juiste aantal verreden kilometers weergeeft. Volgens de Hoge Raad nam het hof ten onrechte aan dat de verkoper hiermee wegwam. De informatie moet ook duidelijk zijn:

“Dergelijke voorgedrukte dan wel in algemene voorwaarden opgenomen vermeldingen zijn op zichzelf onvoldoende om een koper met de vereiste duidelijkheid mede te delen dat twijfel bestaat omtrent de juistheid van de kilometerstand.”⁴¹

Annotator Hijma spreekt in dit verband van een ‘duidelijkheidsvereiste’:

“Het naleven van een mededelingsplicht is een daad van communicatie. Wanneer een contractant aan de ander bepaalde gegevens moet mededelen, zal hij ervoor moeten zorgen dat zijn uiting een zodanig reliëf heeft, dat de ander daarin de verlangde mededeling herkent (art. 3:37 lid 1 jo. 3:35 BW). Deze eis geldt m.i. leerstukbreed, voor iedere mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b, en ongeacht de vraag of de ander handelt als consument of als professional. Aan het partijtype kan wel in dier voege relevantie toekomen, dat een meldingswijze die jegens een (erop ingespeelde) ondernemer helder is, jegens een leek onvoldoende duidelijk kan zijn.”⁴²

Wat de procedure in het voordeel van de koopster deed uitvallen, aldus Hijma, was de presentatie van deze twijfel.

De precontractuele mededelingsplicht kan dus meer betekenen, juist in verband met de bescherming van de dwalende tegen eigen onvoorzichtigheid.⁴³ De lagere jurisprudentie biedt sprekende voorbeelden. Zo oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat bij de verkoop van een boerderij niet kon worden volstaan met de mededeling van de makelaar dat op de boerderij houtborende insecten aanwezig waren, terwijl de verkoper op de hoogte was van de aanwezigheid van boktorren:

“De makelaar had niet met het gebruik van deze algemene aanduiding mogen volstaan zonder zich ervan te vergewissen dat kopers, die bij de bezichtiging van de onroerende zaak niet van deskundige bijstand waren voorzien, duidelijk was dat hij daarmee in elk geval mede boktor bedoelde. Gelet op de ernstige gevolgen van de aantasting rustte op verkoopster de plicht in duidelijke bewoordingen aan kopers mededeling

van de boktoraantasting te doen teneinde te voorkomen dat kopers zich daarover een onjuiste voorstelling zouden maken.”⁴⁴

Onder omstandigheden kan van de wederpartij van de dwalende dus worden verlangd te verifiëren of zij de dwalende ook metterdaad uit de droom heeft geholpen, of in elk geval zodanig mededeling te doen dat verwacht mag worden dat die effect sorteert. Langs dezelfde lijn oordeelde een aantal lagere rechters voor de rechtsverhouding tussen de financiële onderneming en haar cliënt, voordat de Hoge Raad zich uitsprak in *De Treek/Dexia*. De Rechtbank Amsterdam overwoog dat informatie ‘klip en klaar’ moest zijn en dat de bank de cliënt uitdrukkelijk had moeten waarschuwen welk risico hij liep, op straffe van vernietiging wegens dwaling:

“In tegenstelling tot sommige andere aandelenlease-producten was er geen enkele voorziening in dit produkt ingebouwd voor het geval van (sterke) koersdaling, wat voor de Bank reden temeer had moeten zijn om de aard van het product en het daaraan verbonden reële, aanzienlijke risico klip en klaar tot uitdrukking te brengen hetzij in het contract zelf hetzij in het aanmeldingsformulier hetzij in een deze stukken begeleidende brief. (...) Gelet op de financiële gegevens die Jansen aan de Bank bij het aanmeldingsformulier opgegeven had, had de Bank voorts op zijn minst Jansen uitdrukkelijk moeten waarschuwen dat hij het risico liep dat in geval van koersdaling alle voor hem aangekochte aandelen in het Labouchère Global Aandelenfonds snel “op” zouden zijn en hij dan zelf iedere maand € 1.839,= zou moeten ophoesten. (...) De Bank heeft een misleidende voorstelling van zaken gegeven met betrekking tot haar effectenlease-produkt door de mogelijkheid van koersdaling niet als een reëel risico voor te stellen en door misleidende informatie te verstrekken met betrekking tot de verwachtingen omtrent de waarde-ontwikkeling van de effec-

41. HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258, m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.7.4 (*Gomes/Westminster Rental*).

42. Jac. Hijma, noot onder HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 252 (*Gomes/Westminster Rental*), sub 7.

43. Over de bescherming van de onvoorzichtige koper: HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (*Van Geest/Nederlof*); HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 (*Offringa/Vinck en Van Rosberg*). Bij toepassing van art. 6:228 lid 1 onder a BW in het arbeidsrecht spreekt de Hoge Raad van een ‘zorgplicht’ te verifiëren of de te verstrekken informatie juist is; HR 19 september 2003, *LJN* AI0829; *NJ* 2005, 234, r.o. 3.5, m.nt. Jac. Hijma (*Burger Marks/Albert Schweitzer*). Over de bescherming tegen ondoordachtheid en misplaatst vertrouwen op de goede afloop Van Lanschot/Bink, zij het dat in dit arrest sprake was van wederzijdse dwaling; de mededelingsplicht van de bank werd gehanteerd in verband met de verdeling van het dwalingsrisico.

44. Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2000, *TvC* 2000, p. 168.

ten. Daardoor is het ook niet aan Jansen te verwijten dat hij geen nadere uitleg aan All Personal Finance of de Bank heeft gevraagd. (...) Het beroep van Jansen op de nietigheid van de overeenkomst wegens dwaling gaat dus op.”⁴⁵

Is het voldoende als de informatie over de risico's van een effectenleaseovereenkomst is neergelegd in een brochure? De Rechtbank Arnhem beantwoordde die vraag ontkennend in de zaak van Dexia tegen haar cliënt T., wiens lage opleidings- en begripsniveau ten tijde van het sluiten van de overeenkomst duidelijk kenbaar was voor de bank:

“Het is in het onderhavige geval onvoldoende dat de waarschuwingen in de brochure staan, nu aannemelijk is geworden dat die waarschuwingen in het telefonische contact niet zijn herhaald, terwijl dat bij een persoon als T. wel noodzakelijk was.”⁴⁶

De rechtbank vernietigde de effectenleaseovereenkomst op grond van dwaling. Ook de Rechtbank 's-Gravenhage hield rekening met correcte, op de persoon van de dwalende toegespitste informatieverstrekking. In een tamelijk extreme effectenleasezaak noemde zij in één overweging de publiekrechtelijke regeling ter zake als ook het – los daarvan – onrechtmatig geachte optreden van de bank, om tot de conclusie te komen dat er sprake was van rechte relevante dwaling.

“Gesteld noch gebleken is dat de bank ook maar iets afwist van de persoonlijke financiële situatie van eisers, hun eventuele beleggingservaring of hun beleggingsdoelstelling. Zelfs afgezien van de (op deze overeenkomsten wel degelijk toepasselijke) Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 vormt het blindelings accepteren van het onderhavige wangedrocht van samengestelde overeenkomsten een grove, en derhalve onrechtmatige, nalatigheid van de bank in haar zorgplicht jegens eisers. (...) De gehele constructie is zo extreem risicovol en bizar dat de bank moet hebben kunnen begrijpen dat een gewone, correct voorgelichte consument een dergelijke overeenkomst niet bij zijn volle verstand aangaat. Reeds daarom slaagt het beroep op vernietiging wegens dwaling en kan een onderzoek naar de informatie, die eisers feitelijk hebben ontvangen, achterwege blijven.”⁴⁷

Wat zou de rechtbank hebben bedoeld met ‘correct’ voorlichten? Klaarblijkelijk had de rechtbank het oog op informatievoorziening die is toegespitst op de positie van de cliënt, zoals ten minste is vereist door de publiekrechtelijke gedragsregels.

De dwalingsregeling biedt ruimte om rekening te houden met dergelijke bepalingen van publiekrecht, aangezien zowel het bestaan van een mededelings-

plicht als het verdelen van het dwalingsrisico uiteindelijk naar verkeersopvattingen wordt beoordeeld. Is de financiële onderneming naar verkeersopvattingen gehouden de dwalende cliënt uit de droom te helpen (art. 6:228 lid 1 sub b BW)? Behoort de dwaling op grond van de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dwalende te blijven (art. 6:228 lid 2 BW)? In haar onderzoek naar de verkeersopvatting schrijft Memelink dat de reikwijdte en inhoud van de geschreven wettelijke regels richting geven aan het toepassingsbereik en de inhoud van de verkeersopvattingen.⁴⁸ De aanscherping en veralgemenisering van de bijzondere zorgplicht en de introductie van toegespitste regels in en op grond van de Wft, die voor een belangrijk deel gaan over informatie die aan de cliënt moet worden verstrekt en over hem moet worden ingewonnen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, kunnen dan ook als aanwijzing dienen dat de financiële onderneming ook in het kader van dwaling krachtens verkeersopvattingen gehouden is de dwalende uit de droom te helpen. Dat zou anders kunnen zijn, indien de wetgever de in *De Treek/Dexia* gehanteerde knip heeft beoogd. Dat blijkt niet het geval, integendeel.

5. Een onvoorziene knip

Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever er rekening mee gehouden dat de Wft doorwerkt in de toepassing van de dwalingsregeling. Weliswaar bepaalt de wet uitdrukkelijk dat de geldigheid van een overeenkomst die is gesloten in strijd met de Wft – of de krachtens de Wft gestelde regels – niet uit dien hoofde aantastbaar is, tenzij de Wft anders bepaalt (art. 1:23 Wft). Het enkele feit dat de overeenkomst tot stand is gekomen in strijd met het ‘ken uw cliënt’-beginsel van art. 4:23 of 4:24 Wft kan dus niet worden ingeroepen als zelfstandige grondslag voor vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW.⁴⁹ Maar art. 1:23 Wft staat niet in de weg aan een beroep op nietigheid, omdat deze naar inhoud of strekking in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (bijvoorbeeld een overeenkomst die strekt tot ontwrichting van het financiële

45. Rb. Amsterdam, sector Kanton 7 april 2005, *LJN* AT4972; *JOR* 2006, 214, r.o. 58-61.

46. Rb. Arnhem 16 juni 2004, *LJN* AP1730; *NJF* 2004, 414, r.o. 4.12.

47. Rb. 's-Gravenhage, sector Kanton 25 januari 2006, *LJN* AV2149; *NJF* 2006, 184. Zie ook Rb. Leeuwarden, sector Kanton 22 februari 2005, *LJN* AS7069; *JOR* 2005, 149; Rb. Utrecht 30 augustus 2006, *LJN* AY7954; *JOR* 2006, 267.

48. P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 322-323, al koppelt Memelink zelf de mededelingsplicht los van verkeersopvattingen, nu zij deze plicht als gedragsnorm en niet als verdelingsmaatstaf voor het dwalingsrisico beschouwt.

49. Wij gaan uit van vernietigbaarheid nu deze bepalingen (met name) strekken tot bescherming van een der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling (art. 3:40 lid 2): de cliënt.

bestel).⁵⁰ Laat staan dat art. 1:23 Wft in de weg staat aan aantasting van de geldigheid van de overeenkomst door middel van vernietiging wegens dwaling (art. 6:228 BW), zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis:

‘De regeling van artikel [1:23 Wft; AGC en PwDH] verduidelijkt dat de consument geen beroep op het tweede lid van artikel 3:40 van het BW kan doen. Het is dan wel belangrijk dat consumenten, of andere civielrechtelijke relaties van financiële ondernemingen, voldoende andere mogelijkheden hebben om verweer aan te tekenen, indien schade wordt geleden of zal kunnen leiden [sic; AGC en PwDH] door een overtreding van dit voorstel. Dit is het geval. Naast een beroep op het eerste lid van artikel 3:40 van het BW is dan ook een beroep op onder andere onrechtmatige daad, wanprestatie, misleiding en dwaling mogelijk.’⁵¹

Schending van de Wft kan dus aanleiding zijn de overeenkomst tussen cliënt en financiële onderneming te vernietigen wegens dwaling.

Hierin verschilt de Wft niet van andere wettelijke regelingen, zoals de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken. Ook van deze regeling – die voor het privaatrechtelijk deel geheel en al is ingebed in de delictuele context – wordt aangenomen dat haar reflexwerking toekomt bij de toepassing van de dwalingsregeling. De wetgever heeft hiermee uitdrukkelijk rekening gehouden, in nogal stellige bewoordingen.⁵² Die stelligheid is niet ongepast, want ook deze regeling komt in aanmerking het toepassingsbereik en de inhoud van de verkeersopvattingen in het kader van dwaling te bepalen, zeker nu ook deze regeling voor een belangrijk deel gaat over de besluitvorming van de consument voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst. In de kern beschermt zij dan ook de autonomie van de consument. Kijken we naar de situaties die zijn beschreven in art. 6:193g BW – de zogenaamde zwarte lijst, een opsomming van handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend zijn, zoals de bewering dat een product legaal kan worden verkocht terwijl dit niet het geval is – dan dringt de gedachte zich op dat diezelfde praktijken in de contractuele rechtsverhouding van handelaar en consument ook kunnen worden bestreden met een beroep op dwaling.

Er is wel een belangrijk verschil tussen de dwalingsregeling en de regeling van oneerlijke handelspraktijken, afgezien van het feit dat het Hof van Justitie de regeling van oneerlijke handelspraktijken anders zou kunnen uitleggen dan in de dwalingsregeling zou passen. Bij dwaling is de beoordeling toegespitst op de betreffende individuele contractant, bij oneerlijke handelspraktijken daarentegen op de gemiddelde consument.⁵³ Naar aanleiding hiervan sluit Van Boom niet uit dat rechtspraak zich bij dwaling meer

zal richten op de meer objectieve benadering van de oneerlijke handelspraktijken.⁵⁴ Dat ligt ons inziens bewijstechnisch wel voor de hand, want wat voor de gemiddelde consument geldt, zal bij de beoordeling van een beroep op dwaling al gauw als uitgangspunt voor de individuele consument kunnen worden genomen. Maar het is niet uitgesloten dat de regelingen ook materieelrechtelijk naar elkaar toegroeien. Dat is niet per definitie in het voordeel van de consument, zo blijkt uit *De Treek/Dexia*, juist omdat het hof zonder nader onderzoek naar het bevattingsvermogen van de consument in kwestie, het beroep op dwaling afwees, omdat de bank voldoende en juiste informatie over het effectenlease-product in kwestie had verstrekt, en dat nog tegen de achtergrond van de verplichting van dezelfde consument alle informatie over het product te lezen en bij vragen bijstand in te roepen. Hier figureert toch de omzichtige en oplettende consument, en niet de onvoorzichtige koper die wij kennen uit de jurisprudentie over de koop van woonhuizen en tweedehands auto's. Zou deze analyse juist zijn, dan is de situatie in *De Treek/Dexia* deze dat de bescherming die de Wft biedt aan de onvoorzichtige consument niet wordt doorgetrokken naar de dwalingsregeling en komt in het kader van dwaling – impliciet – slechts de ‘voorzichtige consument’ uit de regeling oneerlijke handelspraktijken bescherming toe.⁵⁵

Als de wetgever mededelings- en onderzoeksplichten definieert die zich kunnen manifesteren tussen onderhandelende partijen en dan ook nog eens op voor één van die partijen essentiële punten, ligt het voor de hand deze via de verkeersopvattingen als leidraad te nemen bij de toepassing van art. 6:228 lid 1 BW en/of bij de verdeling van het dwalingsrisico tussen partijen. Neem de mededelings- en onder-

50. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 395. Zie nader S.C.J.J. Kortmann & B.F.L.M. Schim, ‘De (on)aantastbaarheid van met de Wft strijdige rechtshandelingen’, in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 952-953 en V.P.G. de Serière, ‘Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met regels van effectenrecht’, in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Effecten en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 177-238.

51. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393.

52. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 17 e.v. (Nota n.a.v. het verslag) en andere stukken, waarover Mon. BW B49a (Verkade), nr. 72. Zie Rb. Haarlem, sector Kanton 2 april 2009, *LJN* BI1561, waarin een oneerlijke handelspraktijk in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van het beroep op dwaling.

53. Mon. BW B49a (Verkade), nr. 72.

54. W.H. van Boom, ‘Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2008-1, p. 9.

55. In een *Dexia*-zaak legde de Rb. ‘s-Hertogenbosch, sector Kanton 26 maart 2008, *LJN* BC8096 een verband tussen de zorgplicht van *Dexia* en de regeling oneerlijke handelspraktijken. Overigens overwoog de kantonrechter tegelijkertijd dat de desbetreffende informatie in afdoende mate kenbaar was uit de overeenkomsten zelf en dat de dwalende deze had kunnen en moeten begrijpen.

zoeksplichten die op grond van de Warenwet zijn vastgesteld. Een producent van speeltoestellen kreeg van verschillende kinderdagverblijven klachten over een speelhuisje, naar aanleiding waarvan de speelhuizen werden onderworpen aan een inspectie door de KEMA en het Keurmerk Instituut. Een opening bovenaan de glijbaan van het speelhuisje leverde de beklemmingsgevaar op. De producent had de verplichting om stil te staan bij de gevolgen die dit beklemmingsgevaar mogelijk zou kunnen hebben. Ook had hij de wettelijke verplichting om afnemers te informeren over het beklemmingsgevaar, waarvan hij op de hoogte was gekomen, al dan niet via distributeurs.⁵⁶ Volgens de strafrechter vloeit deze verplichting niet alleen voort uit het Warenwetbesluit algemene productveiligheid, maar ook 'uit de algemene zorgplicht in het recht, waarvan de art. 307 en 308 Sr de weerslag zijn'.⁵⁷

Eén van de speelhuisjes was aan peuterspeelzaal De Polderrakkertjes geleverd. Een peuter roetsjte met loopklossen de glijbaan af. Het koord van één van die klossen haakte achter de opening in de glijbaan en kwam terecht om de nek van het kind, dat overleed door verstikking. De strafrechter stelde vast dat de producent had verzuimd deze afnemer op de hoogte te stellen van het beklemmingsgevaar, althans volgens de regels van de Warenwet c.a. Stel dat de producent al voorafgaande aan het sluiten van de koopovereenkomst op de hoogte was of behoorde te zijn van het gevaar, zou dan moeten worden onderzocht of – niettegenstaande de overtreding – de producent voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst wellicht wel aan zijn mededelingsplicht heeft voldaan? Het ligt in de rede aan te nemen dat de peuterspeelzaal desgewenst de koopovereenkomst zou kunnen vernietigen op grond van dwaling, terwijl het moeilijk is voor te stellen dat het beroep op dwaling afstuit omdat zou zijn voldaan aan een van de Warenwet (of algemene zorgplicht waarvan de art. 307 en 308 Sr de weerslag zijn) losgezongen, minder verstrekende mededelingsplicht.

Zo geeft de wetgever op verschillende terreinen specifieke informatie- en onderzoeksplichten, zonder te voorzien in een harde knip tussen enerzijds de plicht in het kader van dwaling om juist en volledig te informeren en anderzijds de delictuele zorgplicht en publiekrechtelijke regelgeving.

6. Dwaling geknipt voor het financiële contractenrecht

Uit *De Treek/Dexia* lijkt te volgen dat in financiële verhoudingen van de dwalingsregeling geen rol van betekenis kan worden verwacht. De rechtspraak lijkt zich, behoudens in enkele uitspraken vóór *De Treek/Dexia*, immuun te tonen voor een onderzoek naar de wijze waarop de financiële onderneming informatie met haar cliënt heeft gedeeld, niettegenstaande de zorg die de onderneming krachtens publiekrechtelijke gedragsregels en de bijzondere zorgplicht in

acht moet nemen. De paragrafen 3 tot en met 5 leren echter dat hiervan meer te maken valt. De harde knip tussen precontractuele mededelingsplicht en de uit de bijzondere zorgplicht voortvloeiende delictuele waarschuwings- en onderzoeksplicht is niet alleen niet noodzakelijk en niet door de wetgever beoogd, maar ook onwenselijk. Wij breken er een lans voor de mogelijkheid open te houden de dwalingsregeling in stelling te brengen in het financieel contractenrecht.

De dwaling staat als wilsgebrek in het teken van de bescherming van de autonomie van de dwalende partij. Meer specifiek staat de mededelingsplicht in het teken van het voorkomen dat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken wordt gecontracteerd, in een mate die afhankelijk is van de verkeersopvattingen. Reflexwerking van publiekrechtelijke gedragsregels of de bijzondere zorgplicht, die vergen dat de ene partij de andere informeert over doorgaans voor die andere partij belangrijke aspecten van de transactie - waar nodig indringend en met een waarschuwing - zou deze functies van de dwaling dienen en moeten dienen gelet op de maatschappelijke positie en verhouding van de financiële onderneming tot haar cliënt. Dwaling is dus geknipt voor het financiële contractenrecht.

Tegengeworpen kan worden dat de dwaling zich niet leent voor toepassing in ingewikkelde financiële rechtsverhoudingen of dat de delictuele context zich beter leent om schending van de bijzondere zorgplicht te redresseren.⁵⁸ Toegegeven, de knip in *De Treek/Dexia* was wellicht ingegeven door een ongenueanceerd beroep op dwaling, in deze zin dat alleen de vernietiging aan de orde was en niet een gedeeltelijke vernietiging of de wijziging van de gevolgen van de overeenkomst.⁵⁹ Vernietiging alleen zou een te ongenueanceerde oplossing kunnen worden geacht.

56. Zie art. 2 van het Warenwetbesluit algemene productveiligheid. Deze bepaling komt erop neer dat de producent, importeur en distributeur de relevante informatie dienen te verstrekken aan de consument, die hem in staat stelt een oordeel te vormen over de aan een product inherente veiligheids- en gezondheidsrisico's gedurende de normale of redelijkerwijs te verwachten gebruiksduur, indien deze risico's zonder passende waarschuwing niet onmiddellijk herkenbaar zijn, opdat de consument zich tegen deze risico's kan beschermen.

57. Rb. Middelburg 13 april 2005 (strafkamer), *LJN* AT4286.

58. Pijls acht het dwalingsleerstuk vooral van belang bij wilsgebreken 'in de precontractuele fase bij de aankoop van eenvoudige roerende zaken', maar vanwege de sanctie van vernietiging minder geschikt voor de beslechtiging van complexe beleggingsgeschillen: Pijls 2010, p. 188. Vgl. J.B.M. Vranken, noot onder HR 5 juni 2009, *LJN*: BH2822, *NJ* 2012, 184 (GeSp/Aegon), sub 19-21.

59. Van Boom & Lindenberg 2010, p. 195. Doorslaggevend zou dit argument niet moeten zijn, want als een ongenueanceerd beroep op vernietiging is gedaan, zou de financiële onderneming om nuancering kunnen vragen. Bovendien is de branche met vernietiging vertrouwd, gelet op de zaken waarin een beroep op art. 1:88 BW wordt gedaan.

Deze tegenwerping gaat er echter aan voorbij dat vernietiging van de overeenkomst bij uitstek geschikt is voor de cliënt die na het sluiten van de overeenkomst tot de ontdekking komt welke risico's hij zich op de hals heeft gehaald en om die reden van de overeenkomst af wil. Als er werkelijk sprake is van het schenden van een mededelingsplicht – in deze zin dat de financiële onderneming onvoldoende zorg heeft betracht haar informatie toe te spitsen op de omstandigheden waarin de cliënt verkeert en zich te vergewissen dat de informatie de cliënt bereikt – dan is er alle reden de cliënt de *keuze* te laten tussen de vernietiging van de overeenkomst en opzegging of ontbinding, desgewenst gecombineerd met een vordering tot schadevergoeding.⁶⁰

Hiermee is niet gezegd dat publiekrechtelijke gedragsregels en de bijzondere zorgplicht zoals uitgewerkt in een delictuele context één op één zouden moeten worden overgenomen in het kader van dwaling. Dat houdt verband met het feit dat bij publiekrechtelijke gedragsregels het algemeen belang van gedragsnormering van de financiële onderneming – als normadressaat – voorop staat. In *De Treek/Dexia* is iets soortgelijks aan de hand. De Hoge Raad benadrukt het algemene karakter van de plicht van Dexia te waarschuwen tegen het restschuldrisico en haar onderzoeks- en adviseringsplicht ter zake van de inkomens- en vermogenspositie van afnemers van effectenleaseovereenkomsten. Deze bestaan volgens de Hoge Raad onafhankelijk 'van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer'. Dit algemeen karakter is 'in belangrijke mate (...) verbonden met de risicovolle aard van het effectenlease-product dat aan een breed publiek is aangeboden'.⁶¹ Deze veralgemenisering laat zich verklaren door de vele duizenden op *De Treek/Dexia* lijkende zaken, waarin de lijn van *De Treek/Dexia* tot voorbeeld strekt. En zij laat zich relativeren door de overweging van de Hoge Raad dat de zaak het karakter van een proefprocedure heeft en dat elke zaak op zijn eigen merites moet worden beoordeeld.⁶² Maar navolging verdient zij niet.

Door de bijzondere zorgplicht in de delictuele context te veralgemeniseren blijft de concrete rechtsverhouding en in het bijzonder de hoedanigheid van de (particuliere) cliënt bij de beoordeling van de onrechtmatigheid buiten beeld. De uitwerking van de bijzondere zorgplicht in het privaatrecht krijgt zo publiekrechtelijke allure, waarbij het afdwingen van normconform gedrag van de financiële onderneming voorop staat. Pas nadat de aansprakelijkheid van de financiële onderneming eenmaal is vastgesteld, kunnen omstandigheden aan de zijde van de cliënt en daarmee de verhouding tussen partijen aan de orde komen bij het bepalen van de omvang van de aansprakelijkheid. Maar ook daar legt de Hoge Raad – in algemene zin – het zwaartepunt bij de financiële onderneming en diens gedrag, door te overwegen dat bij de toepassing van art. 6:101 BW 'fouten van de

afnemer die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de aanbieder waardoor deze in de zorgplicht is tekortgeschoten'.⁶³

Deze benadering past wellicht nog bij de tweede onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 lid 2: doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht. Het enkele gegeven dat een uit een wettelijke bepaling voortvloeiende norm is geschonden, volstaat dan om onrechtmatigheid aan te nemen, ongeacht de andere omstandigheden van het geval. De benadering past veel minder in de derde onrechtmatigheidsrubriek. Zij introduceert een normschendingsconcept dat daar eigenlijk niet hoort. Het concept normschending bij het ongeschreven recht behelst immers niet de schending van een *in abstracto* geformuleerde gedragsnorm, die kan worden aangelegd los van de omstandigheden van het geval. Het gaat er juist om *in concreto* vast te stellen dat bepaalde gedragingen in de context waarin zij hebben plaatsgehad in strijd moeten worden geacht met hetgeen naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁶⁴ Daarom ligt het voor de hand bij de bijzondere zorgplicht als norm van ongeschreven recht rekening te houden met alle omstandigheden van het geval.

60. Daargelaten de mogelijkheden om de gevolgen van vernietiging te temperen, bijvoorbeeld door partiële vernietiging of wijziging van de overeenkomst. Bij wijziging kan het schenden van de onderzoeksplicht van de dwalende zelf in beschouwing worden genomen. Zie W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *Ars Aequi* 2010-3, p. 194-195.

61. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815; *NJ* 2012, 182, r.o. 5.2.1 (*De Treek/Dexia*), herhaald in HR 29 april 2011, *LJN* BP4012; *RvdW* 2011, 563, r.o. 4.3.5 (*Van der Heijden/Dexia*).

62. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815; *NJ* 2012, 182, r.o. 4.1 (*De Treek/Dexia*). De Hoge Raad heeft woord gehouden in HR 24 december 2010, *LJN* BO1799; *NJ* 2011, 251, r.o. 3.4, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje c.s.*) waarin hij overweegt dat bij de beantwoording van de vragen of een waarschuwplicht in een concreet geval daadwerkelijk bestaat, en hoever zij strekt, alle ter zake doende omstandigheden van het geval dienen te worden meegewogen. Tot die omstandigheden behoren ook de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt.

63. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815; *NJ* 2012, 182 (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.6.2. Zie hierover kritisch Jansen 2012, p. 520-524 en Jansen 2010, p. 630-633. Jansen spreekt in dit verband onzes inziens terecht van een jurisprudentiële '50 procent-regel': de consument krijgt in beginsel minimaal de helft van zijn geleden schade vergoed (2012, p. 514). Hiertegen keert zich J.B.M. Vranken, noot onder HR 5 juni 2009, *LJN*: BH2822, *NJ* 2012, 184 (GeSp/Aegon), sub 16-17; volgens ons ten onrechte, omdat de Hoge Raad zich in de in de hoofdttekst weergegeven passage wel degelijk in algemene zin heeft uitgelaten over de zwaardere verantwoordelijkheid van de bank (voor zover het gaat over de aan de bank toe te rekenen schadeposten).

64. Vgl. Cherednychenko 2010, p. 74.

Daarom verdient de benadering van de Hoge Raad in *De Treek/Dexia* ook geen navolging in de context van dwaling. De precontractuele mededelingsplicht bij dwaling is eerst en vooral een hulpmiddel om *in concreto* vast te stellen of sprake is van rehtens relevante dwaling, in het licht van de omstandigheden van het geval en de verkeersopvattingen. In dat kader kan de mededelingsplicht de scherpe publiekrechtelijke gedragsregels en de bijzondere zorgplicht reflecteren, maar zonder het categorisch imperatief. Waar correctie nodig is in verband met nalatigheden aan de kant van de dwalende, biedt de regeling van dwaling ruime mogelijkheden, van het hanteren van de verkeersopvattingen bij de beoordeling van de dwaling tot het vaststellen van de gevolgen (gehele of gedeeltelijke vernietiging, wijziging van de gevolgen van de overeenkomst).

Waarom had dit alles kunnen leiden? Uit de conclusie van plaatsvervangend procureur-generaal De Vriens Lentsch-Kostense (sub 10.9) en het arrest van Hoge Raad (r.o. 4.4.3) valt af te leiden dat De Treek in cassatie het verband tussen dwaling enerzijds en – vooral – de bijzondere zorgplicht anderzijds aan de orde heeft gesteld, in de vorm van een rechtsklacht. Ook heeft hij in cassatie betoogd dat het moeilijk met elkaar is te rijmen dat de bank hem – in het kader van dwaling – voldoende duidelijke informatie had verstrekt en – in het kader van de bijzondere zorgplicht in de delictuele context – onvoldoende had gewaarschuwd. Op grond hiervan lijkt het erop dat de Hoge Raad de ruimte had te oordelen dat het hof bij de beoordeling van het beroep op dwaling ten onrechte niet alle omstandigheden van het geval had betrokken of dat het had miskend dat ook in het kader van dwaling met de bijzondere zorgplicht moet worden rekening gehouden. Ons betoog dat de dwaling geknipt is voor gevallen als deze geeft dus voor gevallen als *De Treek/Dexia* niet het geldend recht weer. Het had gekund, en het kan nog steeds, in ieder geval bij oneerlijke handelspraktijken en schendingen van de Warenwet (par. 5).

7. Leentjebuurt bij het publiekrecht

Ontwikkelingen in het financiële contractenrecht, die hebben geleid tot *De Treek/Dexia* als top van een ijsberg van zaken, verklaren mede het ontstaan van een veralgemeniseerde bijzondere zorgplicht als ook de in het algemeen belang gevoelde noodzaak het toezicht op financiële ondernemingen te verstevigen door bepaald gedrag in publiekrechtelijke gedragsregels te normeren en deze regels te handhaven, bijvoorbeeld met door de overheid in het algemeen belang op te leggen sancties.⁶⁵ Wat is het effect hiervan op de contractuele rechtsverhouding tussen de financiële onderneming en haar cliënt? Kruithof en Van Gerven, die schrijven over de Europese wortels van veel van onze publiekrechtelijke gedragsregels, de *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID), zijn stellig:

“[I]t is relatively safe to assume that a violation of a MiFID conduct of business rule constitutes a fault that can form the basis for a claim in damages based on a tort or breach of contract, or that a violation of a MiFID information providing or gathering duty can form the basis to have the subsequent contract that the client has concluded (...) declared null and void because of a mistake on which his consent was based.”

Maar ze houden een slag om de arm:

“[T]his does not mean that the private law effects of the MiFID regime is in effect the same in all Member States.”⁶⁶

Voor Nederland moet worden betwijfeld of de MiFID van invloed is op de toepassing van de dwalingsregeling. Dat zou anders kunnen en, wat ons betreft, moeten zijn. Ook de reikwijdte en inhoud van de precontractuele mededelingsplicht kunnen en moeten worden ingekleurd door de publiekrechtelijke gedragsregels, net zoals zij kunnen en moeten worden ingekleurd door regels uit de regeling oneerlijke handelspraktijken of de Warenwet. Die regelingen gaan, net als de regeling van de dwaling, voor een belangrijk deel over de informatievoorziening in de precontractuele fase. De wijze waarop een financiële onderneming, een handelaar of speelgoedproducent zijn of haar mededelingsplicht vervult, zou op vergelijkbare wijze kunnen worden uitgewerkt als gebeurt in de desbetreffende publieke regelingen of de bijzondere zorgplicht zoals uitgewerkt in de delictuele context, mits de concrete context niet uit het oog wordt verloren.

65. De gedetailleerde codificatie van de bijzondere zorgplicht in de Wft moet dan ook mede worden verklaard tegen de achtergrond van (het ideaal) dat de wet steeds voldoende duidelijk is over de gevallen waarin AFM (en ter zake van de prudentiële regels DNB) overheidsgezag mogen uitoefenen. Zie over dit rechtszekerheidsbeginsel, met nuancering, A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht* (preadvies Vereniging voor Effectenrecht 2009), Deventer: Kluwer 2009, p. 52-53.

66. M. Kruithof & W.A. van Gerven, 'A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID', Ghent University Financial Law Institute Working Paper No. 2010-07. Beschikbaar via SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1622682>, p. 52.