



Universiteit
Leiden

The Netherlands

De afhandeling van massasschade door de rechter lijkt onbegonnen werk: een onderzoek aan de hand van de precedentwerking van vijftig uitspraken van de Hoge Raad over effectenlease

Vranken, J.; Sombroek-van Doorm, M.; Leun, J. van der; Ellian, A.; Boom, W. van

Citation

Vranken, J. (2021). De afhandeling van massasschade door de rechter lijkt onbegonnen werk: een onderzoek aan de hand van de precedentwerking van vijftig uitspraken van de Hoge Raad over effectenlease. In M. Sombroek-van Doorm, J. van der Leun, A. Ellian, & W. van Boom (Eds.), *Cum Suis: Vriendenboek Carel Stolker* (pp. 121-137). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3463977>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3463977>

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

DE AFWIKKELING VAN MASSASCHADE DOOR DE RECHTER LIJKT ONBEGONNEN WERK: EEN ONDERZOEK AAN DE HAND VAN DE PRECEDENTWERKING VAN VIJFTIG UITSPRAKEN VAN DE HOGE RAAD OVER EFFECTENLEASE

*Jan Vranken*¹

Recente voorbeelden van massaschade zijn effectenlease, het seksueel misbruik in de katholieke kerk en in zorg- en jeugdinstituten, de woekerpolisaffaire over beleggingsverzekeringen, die in dezelfde tijd werden gesloten als effectenleaseovereenkomsten, en de aardbevingsschade in Groningen.²

In dit artikel onderzoek ik de afwikkeling van de massaschade in effectenleasezaken. Ik stel vast dat collectieve arrangementen daarin goed en betrekkelijk snel hebben geleid tot het afdoen van grote aantallen claims, bijna 90% zelfs, maar dat de afdoening van de resterende 10% in individuele, soms gebundelde zaken de slagkracht van de rechtspraak verre te boven is gegaan. Na bijna vijftien jaar heeft de rechtspraak nog maar de helft van de 10% weggewerkt en het ziet er niet naar uit dat het met de andere helft veel sneller zal gaan. Dit is voor de afwikkeling op individueel niveau een treurig resultaat. Ik had het niet verwacht, omdat in die korte tijd maar liefst vijftig (!) uitspraken van de Hoge Raad zijn gewezen in geschillen over effectenlease en uitspraken van de Hoge Raad in het algemeen precedentwerking hebben voor andere vergelijkbare zaken, in en buiten rechte. Met vijftig uitspraken mag men veronderstellen,

-
- 1 Em. hoogleraar Methodologie van het privaatrecht, TiU, en advocaat in Tilburg. Ik dank de kritische meelezers, in alfabetische volgorde, Ruth de Bock, Rob van Gestel, Fred Hammerstein, Bert van Schaick en Marnix Snel. Dat ik niet al hun adviezen heb opgevolgd, is mijn risico. Voor mijn betrokkenheid bij effectenlease verwijs ik vooruit naar (de tekst bij) noot 23. Leaseproces en de advocaat van Dexia in cassatie, mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, hebben een conceptartikel van begin augustus 2020 gelezen en beoordeeld op feitelijke onzorgvuldigheden en op de door mij te betrachten objectiviteit. De gebruikelijke disclaimer is van toepassing.
 - 2 Zie ook de dissertatie van Eijssermans-van Abeelen, De uitkering van massaschadeclaims: professionalisering van het collectieve distributieproces bij collectieve schikkingen, diss. 2020, die negen door het hof Amsterdam verbindend verklaarde schikkingen in massaschadegevallen onderzoekt: DES I, DES II, Dexia, Vie d'Or, Shell, Vedior, Converium, DSB en Fortis.

meende ik, dat een groot deel van de effectenleaseproblematiek door de Hoge Raad is beoordeeld en dat duidelijk is hoe het rechtens is. Dit laatste zeker ook omdat de vijftig uitspraken zijn gewezen in proefprocedures,³ in vijf prejudiciële procedures⁴ en in een aantal procedures waarin partijen hebben verzocht om zaakoverstijgende beslissingen, waarop de Hoge Raad in het algemeen heel welwillend heeft gereageerd.⁵ In al deze zaken heeft hij welbewust beslissingen gegeven met het oog op precedentwerking voor rechters en betrokkenen in andere effectenleasezaken.

PRECEDENTWERKING AAN DE HAND VAN HET VOORBEELD VAN EFFECTENLEASE; WERKOMSCHRIJVING

Niettemin schiet de afwikkeling van de claims niet op. Hoe kan dat? Daar kunnen veel oorzaken voor zijn, maar het opsporen daarvan vergt een type (empirisch) onderzoek dat ik niet beheers. Mijn belangstelling gaat uit naar de precedentwerking van de Hoge Raad-uitspraken en dus naar de vraag wat de Hoge Raad kan bijdragen aan de afwikkeling van massaschade bij effecten lease. Ik heb mij verdiept in de literatuur over precedentwerking, maar stelde vast dat over precedentwerking nagenoeg uitsluitend in theoretische zin is geschreven, waarin ik weinig andere dan heel algemene antwoorden kan vinden.⁶ Concrete, laat staan cijfermatige gegevens ontbreken, zowel over de precedentwerking voor andere rechters (en de Hoge Raad zelf) als over de precedentwerking in de pre- of buitengerechtelijke praktijk. Ik wil in dit onderzoek proberen concrete, zo veel mogelijk cijfermatige gegevens over precedentwerking boven tafel te halen. Dat vereist een diepgaand en gedetailleerd onderzoek van de rechtspraak. Ik meen dat de casus van effectenlease een unieke kans daartoe biedt, te mooi om te laten schieten. Ik besef dat mijn conclusies in beginsel beperkt zijn tot deze casus, maar wellicht geven ze ook te denken over andere gevallen van massaschade waarin de rechter op individueel zaakniveau betrokken is, bijvoorbeeld bij aardbevingsschade. Er wordt bijna een loopgravenoorlog⁷ gevoerd over de vraag of de beoordeling van aardbevingsschade het beste door de civiele rechter of door de bestuursrechter kan geschieden. Op basis van mijn

3 Expliciet in de 5 juni 2009-arresten en in HR 12 oktober 2012, NJ 2012/686, m.o. Tjong Tjin Tai. In Beckers/Dexia van HR 2 september 2016, NJ 2017/9, m.o. Tjong Tjin Tai was tussentijds cassatieberoep ingesteld.

4 Voorwaarde voor een prejudiciële beslissing is dat er een veelheid aan vergelijkbare claims of geschillen zijn (art. 392 lid 1 sub a en b Rv). De vijf prejudiciële beslissingen zijn ECLI:NL:HR:2015:1198; ECLI:NL:HR:2015:3018; ECLI:NL:HR:2017:164; ECLI:NL:HR:2017:773; ECLI:NL:HR:2020:810.

5 Met name in de procedures over tussenpersonen vanaf 2019. Zie hierna sub d en e.

6 Zie de hierna in noot 10 te noemen literatuur.

7 Zie onder meer de discussie in het NJB tussen Ruth de Bock, NJB 2019, p. 19-26, en Bert Marseille, Herman Bröring & Kars de Graaf in NJB 2019, p. 870-871, met reactie van Ruth de Bock op p. 872-874, telkens met verwijzingen naar andere vindplaatsen.

bevindingen in dit artikel zou het antwoord misschien zijn: door geen van twee. Ga op zoek naar alternatieven!⁸

Ik versta in dit artikel onder precedentwerking van rechterlijke uitspraken dat de uitspraak wordt nagevolgd in andere vergelijkbare of daarmee gelijk te stellen gevallen, in en buiten rechte.⁹ De navolging hoeft niet een-op-een te zijn, maar kan er ook in bestaan dat de uitspraak vertrekpunt van redeneren is, bijvoorbeeld wanneer er bijzonderheden zijn die in het precedent ontbraken of, omgekeerd, wanneer er redenen zijn om het toepassingsgebied van de uitspraak op te rekken. Dat kan dan leiden tot nuancering of bijstelling. In Nederland zijn precedents formeel-juridisch niet bindend.¹⁰

UNIEKE CASUS

Effectenlease is een unieke casus voor een onderzoek naar precedentwerking van uitspraken van de Hoge Raad als gevolg van een combinatie van zeven factoren. De eerste is (a) dat er maar liefst vijftig uitspraken van de Hoge Raad zijn in krap veertien jaar, een op zichzelf al opzienbarend aantal, die bovendien (b) alle betrekking hebben op één type problematiek waarin (c) een beperkt aantal rechtswesties aan de orde is, in iedere zaak steeds één of meer, zonder veel verschillen in individuele omstandigheden. Voorts (d) zijn er de laatste jaren op een enkele uitzondering na,¹¹ nog maar twee partijen over die tegenover elkaar staan: Dexia als aanbieder en Leaseproces als claimorganisatie voor afnemers. Ook is (e) het aantal geschillen begrensd in de zin dat er geen nieuwe meer bijkomen. Bijzonder is (f) dat de Hoge Raad vaak precedentwerking welbewust heeft nagestreefd (zie hierboven). Ten slotte is (g) te verwachten dat met de vijftig uitspraken van de Hoge Raad in cassatie vrijwel een eindpunt is bereikt. De zeven factoren komen nooit tegelijk voor. Bij effectenlease is dit in steeds grotere mate vanaf 2007 wel het geval en heeft zich sedertdien een praktijk over precedentwerking van de uitspraken van de Hoge Raad ontwikkeld. Die praktijk probeer ik in kaart te brengen en te analyseren. Eerst ter informatie kort iets over effectenlease.

8 Het is niet te verwachten dat de bestuursrechter (en de Afdeling Bestuursrechtspraak) in zaken over aardbevingsschade meer zal kunnen bereiken dan de civiele rechter (en de Hoge Raad) in de effectenlesezaken hebben bereikt. Zie de slotbeschouwing.

9 Zie de omschrijving in Bix 2004, p. 163: 'Precedent refers to prior decisions, in particular prior to the decisions on the issue before the court', en ook de volgende noot.

10 In dit opzicht is Nederland te vergelijken met andere civil law-landen, al zijn er onderlinge verschillen. In common law-landen is wel sprake van formeel-juridische bindende kracht. Zie voor een landenoverzicht onder meer McCormick & Summers 1997. Voor Nederland onder meer: Kottenhangen 1986; Asser & Vranken 1995, p. 183-190; I. Giesen, Rechtsvorming in het privaatrecht, Mon BW A3, 2020/35, met verdere verwijzingen.

11 Bijvoorbeeld Aegon in een groot aantal uitspraken van de rechtbank Den Haag van maart, april en augustus 2020 over onder meer de orderremisier. De ECLI-nummers van de 107 uitspraken van 6 augustus 2020 zijn mij nog niet bekend; die van eerder zijn ECLI:NL:RBDHA:2020:1814, ECLI:NL:RBDHA:2020:1817, ECLI:NL:RBDHA:2020:5073 t/m ECLI:NL:RBDHA:2020:5080.

ENKELE CIJFERS OVER EFFECTENLEASE EN DE AANTALLEN GESCHILLEN

Bij effectenlease ging het om een aanbieder die rechtstreeks of door middel van een tussenpersoon voor rekening en risico van een afnemer beursgenoteerde aandelen kocht. De afnemer belegde dus met geleend geld in aandelen. Bij verkoop van de aandelen aan het einde van de overeenkomst moest de beurswaarde toereikend zijn voor betaling van de hoofdsom, rente en kosten, én voor winst.¹² Het ging goed zo lang de beurskoersen bleven stijgen en dat deden zij in het begin.¹³ Veel afnemers hebben hun kans gewaagd: in een periode vanaf 1992 tot 2003 zijn er bijna een half miljoen afnemers geweest die ruim een miljoen overeenkomsten hebben gesloten met een gezamenlijke waarde van om en nabij 9 miljard euro (20 miljard gulden).¹⁴

Totdat de beurzen tussen 2000 en 2003 kelderden. De AEX-koers daalde van € 701,52 tot € 218,44, het dieptepunt op 12 maart 2003.¹⁵ De beurswaarden van de aandelen waren zelfs niet meer voldoende om de hoofdsom, rente en kosten te dekken, laat staan om winst te maken. Hierbij speelde mee dat de fiscale aftrekbaarheid van leaserente eerst verminderde en later zelfs helemaal werd afgeschaft. Volgens opgave van de grootste aanbieder (Dexia,¹⁶ althans haar rechtsvoorganger) hadden op 17 oktober 2005 de toen verlieslatende overeenkomsten een gezamenlijke restschuld van meer dan € 1,3 miljard.¹⁷ Afnemers kwamen in grote problemen en dat leidde tot tienduizenden schadeclaims jegens de aanbieders en tot vele duizenden civiele procedures in heel korte tijd.¹⁸

Het overgrote deel van de claims is afgedaan met een collectieve regeling van Dexia zelf, het Dexia-Aanbod,¹⁹ en vooral met de Duisenbergregeling van 2005 die bij beschikking van het hof Amsterdam van 25 januari 2007 algemeen

12 De namen van de bijna 300 verschillende soorten leaseproducten beloofden hoge winsten: onder meer Sprintplan, WinstVerdubelaar, BeursVersneller, GroeiVermogen en KoerswinstStapelaar.

13 Tussen 1990 en 1999 noteerde de AEX een gemiddeld rendement van bijna 400%. Zie nl.wikipedia.org/wiki/AEX#Koersontwikkeling_per_decennium.

14 Zie bijvoorbeeld nl.wikipedia.org/wiki/Aandelenlease-affaire.

15 Zie noot 12.

16 Dexia is pas sedert 2000/2001 in effectenleasezaken betrokken geraakt door overname van de effectenportefeuille van Aegon, de eigenaar van Bank Labouchère die met onder meer specialist Legio Lease ruim 65% van de effectenleaseovereenkomsten in de Nederlandse markt had gezet.

17 Vermeld in rov. 3.6 van de verbindendverklaringsbeschikking van hof Amsterdam van 25 januari 2007, NJ 2007/427 (ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033); zie ook Eijssermans-van Abeelen (noot 1), 2020, p. 59-60.

18 Alleen al bij de rechtbank Amsterdam waren ongeveer 4.500 procedures aanhangig gemaakt (conclusie A-G Verkade voor HR 29 juni 2007, NJ 2007, 638 sub 1.1, noot 2).

19 De plv. P-G noemt in haar conclusie sub 2.10 slot voor HR 5 juni 2009, NJ 2012/182 het getal van 86.000 mensen die het Dexia-aanbod hebben aanvaard.

verbindend is verklaard.²⁰ Aan degenen die geen partij waren bij de regeling moest echter een *opt out* worden gelaten, omdat hun niet zonder schending van art. 6 EVRM de toegang tot de rechter kon worden ontzegd. Uiteindelijk hebben van de naar schatting ruim 200.000 beleggers op wie de Duisenbergregeling van toepassing was, er slechts zo'n 24.000 geopteerd voor niet-gebondenheid.²¹ Daarmee was de grote bulk claims al vrij snel, binnen vijf jaar, weggewerkt. Dat is qua aantallen bepaald geen slecht resultaat. Maar van de 24.000 *opt outers* heeft de rechter eind 2020 naar schatting – niet alle uitspraken zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl²² – pas zo'n vijfduizend zaken beslist en is eenzelfde aantal door betrokkenen onderling geregeld. Er zijn nog enkele duizenden zaken aanhangig, en maar liefst 12.000²³ liggen nog op de plank. Ze worden niet aangebracht totdat de rechtspraak over effectenlease verder is uitgekristalliseerd.

WERKWIJZE

Wat ik doe, is de vijftig uitspraken van de Hoge Raad coderen op de daarin besliste rechtskwesties (zie hierna sub a-i). Elk van deze rechtskwesties speelt ook, alleen of in combinatie met één of meer andere, in een aantal van de 10.000 afgedane en van de 14.000 nog niet afgedane individuele zaken. Om welke aantallen het gaat, kan soms in cijfers worden uitgedrukt, meestal niet, maar er zijn wel redelijk betrouwbare schattingen mogelijk. Het gaat mij dus om de match van een door de Hoge Raad besliste rechtskwestie met de aanwezigheid van dezelfde rechtskwestie in een aantal van de 24.000 andere individuele zaken. Indien er een match is, is aannemelijk dat feitenrechters in de regel de uitspraak van de Hoge Raad volgen. Dat blijkt tot nu toe op enkele uitzonderingen na (hierna sub c en g) ook zo te zijn geweest. Ik baseer mij op een ruwe steekproef van de ruim 2300 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken van feitenrechters. Ook het gegeven dat feitenrechters meer dan eens zaken hebben aangehouden in afwachting van de uitspraak van de Hoge Raad en vervolgens dienovereenkomstig hebben beslist, wijst hierop. Ik ga ervan uit dat in de toekomst feitenrechters als regel de Hoge Raad zullen blijven volgen.

20 Voor een korte schets van de inhoud van de Duisenbergregeling, behalve hof Amsterdam 25 januari 2007, NJ 2007/427, ook onder meer plv. P-G in haar in de vorige noot genoemde conclusie sub 2.12-2.15.

21 De cijfers voor de *opt outs* vermeldt de plv. P-G sub 2.16 van haar in de vorige noten genoemde conclusie. Dit aantal heeft alleen betrekking op de Dexia-afnemers. In de uitspraak van hof Amsterdam van 25 januari 2007, sub 3.12 en 3.13 is sprake van 300.000 (per 10 november 2005). In de conclusie sub 3.6 voor HR 12 oktober 2018, NJ 2019/98 (ECLI:NL:HR:2018:1935) worden getallen genoemd van 275.000 en van 25.000 *opt outers*.

22 Ruim 2300 wel, zonder dubbeltellingen, gezocht op de trefwoorden “effectenlease” en “Dexia”.

23 Leaseproces schatte medio 2020 tegenover mij het aantal op 12.000. Ik houd dat aan, mede omdat Dexia in oktober 2013 een getal van 17.000 heeft genoemd. Dan is 12.000 zeven jaar later in 2020 niet onwaarschijnlijk. Zie voor het getal van 17.000 de conclusie van A-G Wis-sink voor HR 12 oktober 2018, NJ 2019/98, sub 3.6.

Voor de buitengerechtelijke afdoening is dit onzekerder. Ik kan niet de dossiers van de al afgedane zaken lichten om na te gaan wat de rol van uitspraken van de Hoge Raad daarbij per rechtskwestie is geweest. Van de 12.000 nog niet aangebrachte zaken kan ik helemaal niet weten wat zal gebeuren: de zaak kan alsnog aan de rechter worden voorgelegd, ook als er een duidelijk precedent is, maar partijen kunnen ook besluiten te schikken. Indien dit laatste gebeurt, is niet te voorspellen wat de rol van de relevante uitspraken van de Hoge Raad zal zijn. Voor de 12.000 nog niet aangebrachte zaken kan ik dus niet meer constateren dan dat aan beslissingen van de Hoge Raad over bepaalde rechtskwesties *potentiële* precedentwerking toekomt in een nader te noemen aantal zaken waarin dezelfde rechtskwesties aan de orde zijn. Maar met het bepalen van dit potentiële bereik van de rechtspraak van de Hoge Raad wordt wel duidelijk wat de Hoge Raad getalsmatig *kán* bijdragen aan de afdoening van deze rechtskwesties in de “plankzaken”.

AANSCHERPING: GEEN INHOUDELIJKE BEOORDELING

Ter vermindering van misverstand benadruk ik dat mijn werkwijze meebrengt dat ik de uitspraken van de Hoge Raad over effectenlease niet inhoudelijk beoordeel. Ik laat dat na vanwege mijn te nauwe betrokkenheid als advocaat bij de rechtspraak van de Hoge Raad.²⁴ Daarom onderzoek ik niet of de uitspraken wellicht nieuwe of vernieuwende inzichten voor het verbintenissen- en overeenkomstenrecht hebben opgeleverd, bijvoorbeeld over de verschillende soorten zorgplichten en de sancties bij overschrijding. Het is een ingrijpende beperking in mijn onderzoek naar precedentwerking die ik mij moet opleggen, want het zou best kunnen zijn dat de vijftig uitspraken inhoudelijke vernieuwingen bevatten met een meerwaarde die (veel) verder reikt dan waarop ik mij richt: de afwikkeling, getalsmatig, aan de hand van de match van rechtskwesties in de Hoge Raad-uitspraken met die in andere effectenleasezaken. Om dezelfde reden laat ik mij niet uit over de vraag of de uitspraken van de Hoge Raad inhoudelijk niet anders en beter hadden gekund voor (een van de) betrokkenen in de effectenleaseprocedures. Uit annotaties en commentaren blijkt dat over sommige uitspraken verschillend gedacht kan worden. Dat is natuurlijk bijna altijd zo, maar ik ga uit van de vijftig uitspraken zoals ze zijn geweest. Objectiviteit betracht ik voorts door mij niet uit te laten over de opstelling van

²⁴ Ik heb Hoge Raad-uitspraken in effectenleasezaken geannoteerd (HR 5 juni 2009, NJ 2009/182-184 en HR 29 april 2011, NJ 2013/40 en 41). Na mijn emeritaat ben ik sedert 2014 in deeltijd werkzaam als advocaat in Tilburg in (vooral) cassatiezaken. Ik ben intensief, en een enkele keer als meelezer, betrokken geweest bij zeker tien effectenleaseprocedures voor de Hoge Raad, te beginnen met Beckers/Dexia van HR 2 september 2016, NJ 2017/9, m.o. Tjong Tjin Tai (ECLI:NL:HR:2016:2012), en bij twee, nog aanhangige, procedures voor het HvJ EU over oneerlijke bedingenvJEUHvJEU. Cliënte was steeds Leaseproces B.V. Zie ook hierna bij noten 38, 42, 43, 53 en 55.

partijen in en buiten rechte, en voorts door mij alleen te baseren op voor derden toegankelijke en controleerbare bronnen.

CLUSTERING VAN DE DOOR DE HOGE RAAD BESLISTE RECHTSKWESTIES

Ontdaan van dubbeltellingen zijn negenendertig uitspraken belangrijk. Ik bespreek per cluster, sub a t/m i, hun potentiële precedentwerking op de andere effectenleasezaken, met cijfers of schattingen van hun aantal. De elf overige uitspraken zijn overwegend feitelijk of zijn beslist met toepassing van art. 80a RO (één zaak) of art. 81 RO (acht zaken, een enkele keer ter bevestiging van een eerdere uitspraak en in die zin wel relevant).

A. Hofmodel

Het bekendste en meest geslaagde voorbeeld van precedentwerking is de rechtspraak over het hofmodel waarmee wordt berekend of, en zo ja welke, schadevergoeding afnemers van effectenleaseproducten kunnen vorderen. Het model is tot stand gebracht in drie arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009 en vervolgens, na arresten van hof Amsterdam van 1 december 2009, “afgedicht” in twee arresten van de Hoge Raad van 29 april 2011. Het betrof zaken waarin de effectenleaseovereenkomsten waren gesloten na uitsluitend schriftelijke contacten tussen aanbieders en afnemers, dus zonder tussenpersonen. Het model berust op een afweging van de eigen verantwoordelijkheid van de afnemer om te begrijpen dat beleggen met geleend geld risicovol was, tegenover de schending door de aanbieder van de waarschuwingsplicht en de onderzoekplicht jegens de afnemers.²⁵ Hoewel deze schendingen volgens de Hoge Raad zwaar wegen, zwaarder dan de lichtzinnigheid van de afnemers, komt het hofmodel erop neer dat een relatief groot deel van de schade voor rekening van de afnemer blijft: de reeds betaalde aflossing, rente en kosten helemaal en de restschuld voor een derde. Alleen wanneer de overeenkomst een onevenredig zware financiële last op de afnemer legde,²⁶ geldt de verdeelsleutel ook voor de reeds betaalde aflossing, rente en kosten. Dexia moet dan dus twee derde van beide schadeposten betalen. Er is kritiek geweest op het hofmodel,²⁷ maar die heeft niet verhinderd dat het voor deze rechtskwestie is uitgegroeid tot de standaard bij het bepalen van de schadevergoeding in de effectenleaseovereen-

25 Deze benadering was al eerder uitgezet in met name HR 23 mei 1997, NJ 1998/192 (Rabobank/Everaars). Meer over de inmiddels breed verspreide zorgplichten in de financiële sector onder meer Busch 2020, p. 452-467, en het overzicht in de conclusie van AG Hartlief sub 3.3-3.10, voor HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, NJ 2020/121, m.o. Tjong Tjin Tai (Deutsche Bank/A).

26 Te bepalen aan de hand van de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer bij het sluiten van de overeenkomst. Zie voor de uitleg van “onevenredig zware financiële last” een van de HR 29 april 2011-arresten, NJ 2013/14, m.o. Vranken.

27 Onder meer Jansen 2012, p. 516-527; Castermans en Hollander 2012, p. 563-574.

komsten die zonder tussenpersonen waren gesloten. Dat kan ook omdat Dexia na de 5 juni 2009-arresten de schending van de twee zorgplichten nooit meer (heeft) betwist. Het hofmodel heeft dus op dit punt een grote precedentwerking verworven,²⁸ in en buiten rechte. Zo lang de Hoge Raad er niet op terugkomt – niets wijst daarop – zal dit voor ongeveer 40% van de 12.000 “plankzaken” waarin het model potentieel van belang is, niet anders zijn.²⁹

B. Waiver

In de 5 juni 2009-arresten heeft de Hoge Raad ook beslist over een flink aantal grondslagen en verweren die gangbaar in effectenleasezaken werden aangevoerd, zoals dwaling,³⁰ misbruik van omstandigheden, misleidende reclame, en nietigheid wegens schending van de wet op het consumentenkrediet. Hij heeft ze allemaal afgewezen, maar een opening gelaten voor individuele bijzonderheden die afwijking konden rechtvaardigen. Afnemers hebben zich in latere procedures vaak daarop beroepen, onder meer door met rapporten en cijfers gestaafd te wijzen op het extra risicovolle karakter van sommige producten die niet in de 5 juni 2009-arresten aan de orde waren. Vrijwel altijd tevergeefs, maar het moest steeds per individuele zaak worden beslist. De precedentwerking van dit deel van de 5 juni 2009-arresten was dus kennelijk niet heel sterk voor de overleg- en schikkingsbereidheid van (een van de) partijen, in en buiten rechte. Dexia is toen omstreeks 2014 begonnen met het op grote schaal individueel dagvaarden van afnemers. Zij vorderde een negatieve verklaring voor recht dat zij deze afnemer niets meer verschuldigd was (een zgn. waiver). In het begin werden veel vorderingen afgewezen, omdat de rechtspraak in effectenleasezaken nog niet voldoende was uitgekristalliseerd en afnemers daarop mochten wachten. Na verloop van tijd kantelde dit beeld en is de verklaring voor recht wel uitgesproken. Vermeulen bestreed dit in 2019 als eerste in cassatie, maar zonder succes. Het is een belangrijke uitspraak omdat met behulp van de waiver-vordering veel rechtskwesties die aan de orde zijn in de 12.000 zaken kunnen worden afgedaan. Alleen als er nog nieuwe of open rechtskwesties zijn, zal dit niet lukken. En die zijn er, met name over oneerlijke bedingen en over tussenpersonen (zie hierna sub g, d en e). In april 2020 heeft de Hoge Raad de

28 In HR 2 december 2016, NJ 2016/50 (ECLI:NL:HR:2016:2749) was de Hoge Raad heel dicht bij het openbreken van het hofmodel in een zaak over de vraag of de premie Ziekenfondswet een aftrekpost was op het netto besteedbaar inkomen. Hij aarzelde openlijk, maar koos uiteindelijk voor afwijzing.

29 Ongeveer 40%, want 60% van de “plankzaken” is naar schatting van Leaseproces via een tussenpersoon afgesloten. De verkoop via tussenpersonen is overigens pas later op gang gekomen, vermoedelijk toen het product een succes bleek te zijn en Dexia (haar rechtsvoorganger) het niet meer alleen af kon. Het percentage van 60% geldt dus niet voor alle 24.000 gevallen.

30 De afwijzing van het beroep op dwaling is in de zgn. renteswapzaken minder absoluut. Zie onder meer de prejudiciële beslissing van HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (X/ABN AMRO) en twee uitspraken van HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499 (ABN AMRO/X) en ECLI:NL:HR:2019:1500 (ING/X).

beslissing van Vermeulen op dit punt herhaald met toepassing van art. 81 RO³¹ en daarna nog twee keer, eveneens met toepassing van art. 81 RO, op 30 oktober 2020. Het betrof zaken, waarin cassatieberoep al was ingesteld voordat de Hoge Raad arrest wees in Vermeulen/Dexia.³² Een *waiver*-zaak loopt nog.

C. De 100%-regel van Beckers/Dexia

In Beckers/Dexia³³ ging het om een overeenkomst die was gesloten met behulp van een tussenpersoon. Die vraag was in de 5 juni 2009-arresten niet aan de Hoge Raad voorgelegd. Daardoor heeft het tot 2016 geduurd voordat de Hoge Raad zich voor het eerst moest (kon) uitspreken over de betekenis van tussenpersonen voor de schadeverdeling, althans over één type tussenpersoon: de zgn. cliëntenremisier. Die remisier bracht, zoals de naam al zegt, cliënten aan bij aanbieders. Zij waren vrijgesteld van een vergunning krachtens de toenmalige Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte), mits zij zich louter tot aanbrengen beperkten. Zodra zij meer deden, met name adviseren, gold de vrijstelling niet. Wanneer zij desondanks, dus zonder vergunning, een cliënt aanbrachten, moest de aanbieder deze cliënt op grond van art. 41 Nadere Regeling (NR) toezicht effectenverkeer 1999 weigeren. De Hoge Raad oordeelde dat een afnemer moet kunnen vertrouwen op adviezen van onafhankelijke adviseurs en dat de wettelijke weigeringsplicht van art. 41 NR mede strekt ter bescherming daarvan. Hij tilde heel zwaar aan deze wettelijke weigeringsplicht. Schending ervan kwam boven op de schending van de twee zorgplichten die in de 5 juni 2009-arresten aan de orde waren en dat was reden voor de Hoge Raad tot een vergaande ombuiging van het hofmodel in een zgn. 100%-regel: de aanbieder moest 100% van de gehele schade van de afnemer betalen, zowel van de aankoop, rente en kosten als van de restschuld. Of de overeenkomst voor de afnemer een onevenredig zware last vormde, deed er niet toe.

Het hof Amsterdam was het fundamenteel oneens met de Hoge Raad en oordeelde in de zaak Timmermans/Dexia welbewust anders, dit wil zeggen conform het hofmodel. De Hoge Raad hield echter vast aan Beckers en vernietigde in 2018 het arrest van het hof Amsterdam.³⁴ Daarmee was de 100%-regel voor de daarin beoordeelde situatie van cliëntenremisiers die zonder vergunning geadviseerd hadden, vaste rechtspraak.³⁵ Hoe sterk de 100%-regel van Beckers/Dexia al meteen was verankerd, bleek wel uit het feit dat andere hoven niet eens

31 Vermeulen/Dexia is beslist in HR 12 april 2019, NJ 2019/238 (ECLI:NL:HR:2019:590), en de herhaling met toepassing van art. 81 RO in HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:809, slotoverweging.

32 HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1713 en 1714 (V/Dexia resp. Kr/Dexia).

33 HR 2 september 2016, NJ 2017/9 (ECLI:NL:HR:2016:2012), m.o. Tjong Tjin Tai. Een tweede arrest van dezelfde datum is ECLI:NL:HR:2016:2015, RvdW 2015/922 (Dexia/Oerlemans).

34 HR 12 oktober 2018, NJ 2019/98 (ECLI:NL:HR:2018:1935), m.o. Tjong Tjin Tai.

35 In een te verwachten uitspraak van 8 januari 2021 (De J/Dexia) is een verkeerde toepassing van de 100%-regel aan de orde. Zie de conclusie A-G Wissink op ECLI:NL:PHR:2020:747.

de uitspraak in Timmermans hebben afgewacht. Ook in de literatuur vond het hof nauwelijks medestanders.³⁶ Dat wijst op een potentiële precedentwerking in een groot aantal aanhangige zaken.³⁷ Men mag aannemen dat die potentiële werking ook zal gelden bij de afdoening buiten rechte van de 12.000 zaken waarin de rechtskwestie speelt. Ervan uitgaande dat ongeveer 60% van de “plankzaken” via tussenpersonen zijn tot stand gekomen,³⁸ zal een deel ervan op cliëntenremisiers betrekking hebben en een deel op orderremisiers (hierna sub e, waar ook nog andere typen tussenpersonen worden genoemd) dan wel op beide (primair en subsidiair). Het gaat dus om potentieel vele duizenden zaken. Maar er zijn kinken in de kabel (sub d voor cliëntenremisier en sub e voor orderremiser).

D. Advies in Beckers/Dexia-zaken

Niet altijd honoreert de Hoge Raad een verzoek van partijen om een zaakoverstijgende beslissing.³⁹ Een voorbeeld is de beoordeling of de cliëntenremisier *advies* had gegeven, dat als gezegd een voorwaarde is voor toepasselijkheid van de 100%-regel. In Beckers en Timmermans was in cassatie verondersteld dat de voorwaarde vervuld was. Na verwijzing moest alsnog worden vastgesteld of geadviseerd was, in beide zaken en in veel andere zaken die in afwachting van vooral Beckers waren aangehouden of nog niet waren aangebracht. De bewijslast rust op de afnemers. Die hebben echter geen concrete gegevens (meer) over hoe de effectenleaseovereenkomsten tot stand waren gekomen. Wel kunnen zij de algemene gang van zaken reconstrueren aan de hand van met name brochures en websites van de bank Labouchère (rechtsvoorganger van Dexia) uit die tijd.⁴⁰ De bank deed daarin uit de doeken hoe zorgvuldig en betrouwbaar de volgens haar aanprijzingen onafhankelijke, financieel gespecialiseerde en door haar zelf getrainde en bijgeschoolde tussenpersonen te werk gingen. Zij verzekerde cliënten dat zij volledig op hun deskundigheid konden vertrouwen. Vast staat dat in de regel de cliëntenremisiers telefonisch met de afnemers spraken of hen thuis bezochten. Is dit voldoende om, voorshands, aannemelijk te achten dat zij hadden geadviseerd als bedoeld in Beckers/Dexia? De lagere

36 Conclusie A-G Wissink voor Timmermans/Dexia, sub 3.5 met verder verwijzingen, t.a.p. in noot 13.

37 Aan de conclusie sub 3.6 van A-G Wissink voor Timmermans/Dexia ontleen ik dat op dat moment 347 zaken bij de rechtbanken en 525 zaken bij de hoven over deze rechtskwestie aanhangig waren. Daarna zijn er nog nieuwe zaken aangebracht (zie noot 22) die deels ook op deze rechtskwestie betrekking zullen hebben.

38 Hierboven noot 28.

39 Hiermee spreek ik geen oordeel over de inhoudelijke of procesrechtelijke redenen die de Hoge Raad gehad heeft. Zie noot 23.

40 Er zijn ook interviews, krantenartikelen, effectenleasehandleiding, berichten van de STE en de AFM e.d. In veel zaken worden vrijwel steeds dezelfde producties in het geding gebracht. Zie bij wege van voorbeeld de opsomming in hof Den Haag 12 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2530. Zie ook de website van de bank uit die tijd: web.archive.org/web/20000510135927/http://www.labouchere.nl/effecten.htm.

rechtspraak is verdeeld.⁴¹ De Hoge Raad is in een aantal zaken uitdrukkelijk verzocht zich hierover uit te spreken. Hij heeft tot drie keer toe geantwoord met art. 81 RO.⁴² De verdeeldheid blijft dus bestaan. Per zaak moet de rechtskwestie worden beslist. De bewijslevering kost partijen en de rechterlijke macht zeeën van tijd en geld, en zal mogelijk nog jaren kunnen voortduren. Kortom: de 100%-regel van de Hoge Raad in Beckers/Dexia was een veelbelovend precedent voor de afdoening van deze rechtskwestie in honderden nog niet besliste en enkele duizenden nog niet aanhangige zaken, maar zal als over de advisering per individuele zaak moet worden beslist, fors aan betekenis inboeten.⁴³

E. Andere typen tussenpersonen

Ook de vraag of de 100%-regel geldt voor orderremisiers is nog niet beslist. De kwestie is pas kortgeleden opgekomen en speelt daarom nog niet in alle aanhangige zaken. Voor de “plankzaken” geldt dat ongeveer 60% van de overeenkomsten door middel van enig type tussenpersoon is gesloten, een deel ervan door orderremisiers. Zie hierboven sub c slot. Orderremisiers brachten orders aan en moesten daarvoor altijd over een vergunning beschikken. Hadden zij die niet dan gold krachtens art. 41 NR het verbod voor aanbieders om overeenkomsten te sluiten met afnemers die op deze manier waren aangebracht. Het verbod gold ook, anders dan bij cliëntenremisiers, als niet tevens geadviseerd was. Het ligt in de rede aan te nemen dat bij overtreding van het verbod de 100%-regel van toepassing is. In het arrest van 24 april 2020⁴⁴ heeft de Hoge Raad het juridisch (Europeesrechtelijk) kader geschetst waarin die vraag beantwoord moet worden, en de zaak ter verdere beslissing verwezen naar het hof.

De Hoge Raad heeft in dezelfde beslissing ook nog een andere vraag doorgeschoven naar de feitenrechter, te weten wanneer bij een order de overeenkomst

41 Een paar cijfers. In HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:809 (K/Dexia) is K door het hof Arnhem-Leeuwarden niet eens toegelaten tot het bewijs dat geadviseerd was. Het hof Den Bosch heeft in twee zaken precies omgekeerd geoordeeld: het bewijs is geleverd en Dexia wordt niet eens toegelaten tot tegenbewijs (hof Den Bosch 3 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2800 en ECLI:NL:GHSHE:2018:2866). Hof Den Haag 19 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:216 zit op de lijn van het hof Den Bosch. Hof Amsterdam misschien (meer) op de lijn van hof Arnhem-Leeuwarden, maar het heeft na Timmermans/Dexia geen arrest meer over tussenpersonen gewezen, voor zover ik in augustus 2020 heb kunnen zien. Een ander cijfer is dat tot en met 2017 in 215 zaken beroep was gedaan op schending van art. 41 NR omdat onbevoegd was geadviseerd en dat dit in slechts 29 gevallen niet is gehonoreerd, dit wil zeggen geoordeeld is dat niet geadviseerd is. Zie ook noot 37. Voor latere uitspraken zie rechtspraak.nl, trefwoorden effectenlease en Dexia.

42 In de slotoverweging van HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:809 (K/Dexia) en in de twee uitspraken van 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1713 en 1714 (V/Dexia resp. Kr/Dexia).

43 Ik herhaal – zie noot 23 – dat ik hiermee geen inhoudelijk oordeel uitspreek.

44 HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:809 (K/Dexia). Ik onthoud mij opnieuw van een oordeel over de inhoudelijke en mogelijke procesrechtelijke argumenten voor deze beslissing. Zie noot 23.

van afnemer en aanbieder tot stand komt. Het hof moet daarover, zo nodig, een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie EU, aldus de Hoge Raad. Al met al zijn wij enkele jaren verder voordat er duidelijkheid komt over de rechtskwestie van de orderremisier en de verdeling van de schade (100%-regel of niet). Tot zo lang blijft de rechtskwestie (en dus de zaken waarin ze aan de orde is) onopgelost, want inmiddels heeft de Hoge Raad de beslissing van 24 april 2020 herhaald.⁴⁵ De rechtbank Den Haag heeft in 107 uitspraken van 6 augustus 2020 niet op het Hof van Justitie EU willen wachten en het aanvraagformulier in die zaken gekwalificeerd als order. De aanbieder, Aegon, is telkens voor 100% aansprakelijk gehouden.⁴⁶

Een *derde type tussenpersoon* is aan de orde in HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1713 (V/Dexia). In die zaak heeft Dexia een niet aan zijn onderneming verbonden tussenpersoon ingeschakeld (een vennootschap onder firma) en opdracht gegeven tegenover de afnemers net te doen alsof zij Dexia zelf was. De tussenpersoon had persoonlijk contact met de afnemers gehad, telefonisch en soms met huisbezoek. Ervan uitgaande dat geadviseerd was, is de vraag of dit een situatie is waarin de schadeverdeling op de voet van het hofmodel moet worden afgewikkeld – hadden de afnemers kritischer moeten zijn op de uitlatingen van de tussenpersoon, alias Dexia zelf? – of op de voet van de 100%-regel, omdat Dexia immers welbewust in zee was gegaan met een tussenpersoon zonder vergunning en in strijd met art. 41 NR 1999 overeenkomsten had gesloten met cliënten die door deze onbevoegde tussenpersoon waren aangebracht. Het gaat naar schatting van Leaseproces om 700 tot 750 zaken van de 12.000 “plankzaken”. De Hoge Raad heeft in eerstgenoemde zin geoordeeld, met toepassing van art. 81 RO. De beslissing is in lijn met HR 12 april 2019, NJ 2019/238 (Vermeulen/Dexia) waarin een werknemer van Dexia met de afnemer had gesproken.

F. Gegevensverstrekking

In de eerste drie van de vijftig effectenleaseuitspraken heeft de Hoge Raad⁴⁷ geoordeeld over vorderingen van afnemers tot het opvragen van informatie uit hun door Dexia aangelegde dossier. Zij zouden die informatie mede kunnen gebruiken in een civiele procedure tegen Dexia over vernietiging van de overeenkomsten en over het verkrijgen van schadevergoeding. De verzoeken waren gebaseerd op de toenmalige Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en zijn

⁴⁵ HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1714 (Kr/Dexia).

⁴⁶ Zie noot 10. Het hof Den Haag heeft in een tussenarrest van 15 augustus 2020 partijen wel de gelegenheid gegeven zich over het arrest van de Hoge Raad uit te laten.

⁴⁷ HR 29 juni 2007, NJ 2007/638 (ECLI:NL:HR:2007:AZ4663, ECLI:NL:HR:2007:AZ4664) en NJ 2007/639 (ECLI:NL:HR:2007:BA3529). In de laatste zaak was HBU partij. De NJ-uitspraken zijn geannoteerd door Dommering.

goeddeels toegewezen. De Hoge Raad overwoog echter expliciet⁴⁸ dat Dexia op basis van art. 843a Rv dezelfde informatie had moeten verstrekken.

In latere zaken hebben de afnemers met deze beschikkingen van de Hoge Raad (vrijwel) niets gedaan, ook niet wanneer het erom ging vast te stellen wat feitelijk was gebeurd, bijvoorbeeld over de vraag of cliëntenremisiers hadden geadviseerd.⁴⁹ Voor zover ik kan overzien, wordt in aanhangige procedures Dexia weliswaar dringend opgeroepen informatie te verstrekken, maar de vuist van art. 843a Rv wordt niet in stelling gebracht. Die beschikkingen hebben derhalve als gevolg van deze opstelling van partijen geen precedentwerking kunnen krijgen.⁵⁰

G. Oneerlijke bedingen

Ook de lagere rechter kan precedentwerking (tijdelijk) tegenhouden of verhinderen. Ik heb al genoemd Timmermans/Dexia waarin het hof Amsterdam de 100%-regel van Beckers/Dexia fundamenteel bestreed, maar tevergeefs. Een ander voorbeeld is een prejudiciële uitspraak van de Hoge Raad in 2017⁵¹ over oneerlijke bedingen in overeenkomsten van effectenlease. Ook die rechtskwestie is pas later “ontdekt” en zal naar haar aard in heel veel andere zaken spelen, zeker in, naar schatting, 10 tot 15% van de 12.000 nog niet aangebrachte zaken. De uitspraak van de Hoge Raad heeft echter twijfel opgeroepen bij het hof Den Haag over wat in de plaats mag komen van het vernietigde beding en bij het hof Amsterdam over de vraag of het beding wel oneerlijk is.⁵² Beide hoven hebben prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. Het zal nog wel even duren voordat het HvJ EU zich uitspreekt. In september 2020 is pas de mondelinge behandeling geweest. De potentiële precedentwerking van de Hoge Raad-uitspraak van 2017 ligt dus op dit moment stil.

H. Eega-problematiek

Een gehuwde afnemer had de toestemming van de andere echtgenoot nodig om een effectenleaseovereenkomst te sluiten. Ontbrak de toestemming, dan kon de andere echtgenoot de vernietiging van de overeenkomst inroepen op grond van art. 1:88/1:89 BW. Daarover is veel te doen geweest, bijvoorbeeld over hoe en wanneer de vernietiging moet worden ingeroepen, wanneer de verjaringstermijn begint te lopen, de stuiting van de verjaring, de betekenis

48 In rov. 3.6.1-3.6.2 van de in de vorige noot genoemde beschikking (NJ 2007/638, ECLI:NL:HR:2007:AZ4663).

49 Hierboven sub d.

50 De beschikkingen van 2007 over de bescherming persoonsgegevens zijn inmiddels waarschijnlijk achterhaald door HvJ EU 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2081, rov. 57 en 58. Ik werk dat hier niet verder uit, omdat het mij gaat om art. 843a Rv.

51 HR 21 april 2017, NJ 2017/394 (ECLI:NL:HR:2017:773), m.o. Tjong Tjin Tai.

52 Hof den Haag 18 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2313 en hof Amsterdam 6 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4063.

van de Duisenbergregeling als vaststellingsovereenkomst, en de bewijslastverdeling. De Hoge Raad heeft in maar liefst achttien zaken uitspraak moeten doen, waaronder twee in prejudiciële beslissingen. Er zijn wat herhalingen bij en twee zaken zijn met art. 81 RO afgedaan, maar inmiddels zullen alle mogelijke rechtswesties over deze problematiek wel beslist zijn of niet moeilijk meer zijn. Samen hebben ze een sterke potentiële precedentwerking, zeker voor de nog niet aangebrachte zaken, want in alle redelijkheid mag men ervan uitgaan dat rechtswesties rondom eega's zich in veel, zo niet de meeste, van die 12.000 zaken (ook) voordoen.

I. Verrekening van voordeel

Eén prejudiciële uitspraak heeft betrekking op de voordeelverrekening van art. 6:100 BW.⁵³ Het gaat om genoten voordeel en geleden schade gedurende een bepaalde periode die verrekend moeten worden. De beslissing zal belangrijk kunnen zijn bij de afdoening op dit punt van andere zaken, maar ik kan hun aantal niet voldoende betrouwbaar schatten.

SLOTBESCHOUWINGEN

Met inachtneming van de beperkingen van dit onderzoek⁵⁴ kan worden geconcludeerd dat de rechtspraak in de individuele zaken over effectenlease die ressteerden na de collectieve regelingen van Dexia en Duisenberg in 2004 en 2007 niet in staat is gebleken de massaschade binnen een redelijke termijn af te wikkelen. De Hoge Raad, wiens bijdrage aan de afwikkeling in dit artikel centraal staat, heeft dit duidelijk niet kunnen verhinderen, hoewel hij zich vijftig keer in veertien jaar over geschilpunten heeft uitgelaten en hij zich daarbij heeft opgesteld met een duidelijk oog voor de behoefte van betrokkenen en van rechters aan richtinggevende uitspraken, dit wil zeggen aan uitspraken met potentiële precedentwaarde. Voor de feitenrechters heeft dit ook gewerkt. Zij hebben op enkele uitzonderingen na (hiervoor sub c en g), de Hoge Raad gevolgd. Alleen het aantal zaken dat zij hebben afgehandeld is niet echt talrijk: zo'n 5.000. Daarvoor kunnen veel redenen zijn. Capaciteitsproblemen is er een van. Die hebben soms tot gevolg gehad dat de behandeling van effectenleasezaken tijdelijk op een laag pitje is gezet of zelfs even is opgeschort. In het licht hiervan zullen feitenrechters het niet betreuren dat 12.000 "plankzaken" zijn blijven liggen.

53 HR 3 februari 2017, NJ 2017/146 (ECLI:NL:HR:2017:164), m.o. Tjong Tjin Tai. De beslissing bouwt in zekere zin voort op HR 29 april 2011, NJ 2013/40 (ECLI:NL:HR:2011:BP4012), m.o. Vranken, maar de Hoge Raad komt er deels van terug (rov. 3.6.9, arrest 2017).

54 Gericht op één casus (de massaschade in effectenleasezaken) en zonder inhoudelijke beoordeling van de uitspraken van de Hoge Raad. Zie ook (bij) noot 23.

Een andere reden voor het relatief kleine aantal zaken dat tot nu toe in de rechtspraak is afgehandeld, kan gelegen zijn in de omvang van de zaken. Ik heb hierboven sub b vastgesteld dat een aantal grondslagen en verweren dat de Hoge Raad al in de 5 juni 2009-arresten had verworpen, met daarbij een opening voor afwijking in bijzondere omstandigheden, vaak deel bleef uitmaken van de dossiers, al of niet voorzien van nieuwe argumenten en documenten. Als er appèl of cassatie werd ingesteld gingen die kwesties meestal mee. Dat vergde meer dan het louter toepassen van het precedent.

Nog een reden voor het relatief kleine aantal afgehandelde zaken is dat de verzilvering van de potentiële precedentwerking van de uitspraken van de Hoge Raad mede van partijen afhangt. Zij kunnen juridisch-inhoudelijke, strategische, financiële, procestactische of andere overwegingen hebben om een precedent (nog) niet of slechts gedeeltelijk te volgen. Buiten rechte laten partijen de effectenleasezaken dan op de plank liggen dan wel laten zij het er in het minnelijke overleg op aan komen of hun standpunt later wordt bevestigd als het tot een procedure leidt. In rechte leidt deze opstelling van partijen tot een debat over de reikwijdte of de implicaties van een precedent. Een voorbeeld is Beckers/Dexia over de toepasselijkheid van het hofmodel van 2009/2011 in een geval dat de overeenkomst met behulp van een cliëntenremisier is gesloten. Let wel: met deze opstelling van partijen is niets mis. Het is de gewone gang van zaken in het recht. De grens ligt daar waar de opstelling misbruik van recht oplevert, maar daarvan is pas sprake bij evident onverdedigbare standpunten en verweren.⁵⁵ Afwijken van een precedent hoort daar zelden of nooit bij.

Bijzonder is dat de lange duur van de afwikkeling van de effectenleasezaken in de rechtspraak zichzelf heeft versterkt en nog meer vertraging heeft veroorzaakt. Dat is het gevolg van voortschrijdend inzicht in de materie en van nieuwe rechtsontwikkelingen, waardoor nieuwe rechtswesties rijzen. Op zeker ogenblik leek de rechtspraak van de Hoge Raad over effectenlease voldoende uitgekristalliseerd om bijvoorbeeld *waiver*-vorderingen die tot dan meestal werden afgewezen, toe te wijzen. Dat was omstreeks 2016. Maar daarna staken nieuwe rechtswesties de kop op, met name over tussenpersonen en, onder invloed van een Europese richtlijn, over oneerlijke bedingen. Zie hierboven sub c-e en g. Het zijn – niet toevallig? – ook de rechtswesties waarover nog steeds de meeste onduidelijkheid bestaat en die in ieder geval, los van andere redenen, een spoedige afwikkeling van de claims in de weg staan, zowel in als buiten rechte.⁵⁶

55 Zie met name HR 15 september 2017, NJ 2018/625 (J/V) en eerder HR 6 april 2012, NJ 2012/233.

56 Dit is opnieuw geen inhoudelijk oordeel, maar louter een constatering. Zie noot 23.

REIKWIJDTE

Bovenstaande bevindingen uit mijn onderzoek naar de potentiële precedentwerking van uitspraken van de Hoge Raad als bijdrage aan de afwikkeling van de massaschade bij effectenlease, kunnen te denken geven over de rol van de rechtspraak in andere gevallen van massaschade. Ik noemde in het begin de aardbevingsschade. Geschillen daarover zijn alleen al wat betreft het bewijs van de schade en het causale verband veel moeilijker dan effectenleasezaken.⁵⁷ Is de keuze voor een afwikkeling van de aardbevingsschade door de rechter per individuele zaak – met de Afdeling Bestuursrechtspraak als hoogste rechter – niet op voorhand tot mislukken gedoemd, in de zin dat de afwikkeling nooit binnen een redelijke tijd van, zeg, vijf jaar zal kunnen lukken? Ik twijfel zelf niet heel erg over het antwoord.

Alles overwegende meen ik op basis van mijn onderzoek te mogen stellen dat *uit een oogpunt van tijdigheid* de afwikkeling van de massaschade bij effectenlease gebaat was geweest bij meer collectieve arrangementen.⁵⁸ Voorlopig houd ik het erop dat dit bij andere gevallen van massaschade, zoals bij aardbevingsschade, ook de voorkeur verdient boven afdoening van grote aantallen individuele claims door de rechter. Ik realiseer mij dat deze stellingname bij de uitvoering op veel juridische en praktische obstakels zal stuiten, met name indien, zoals ik vermoed, dergelijke arrangementen alleen effectief kunnen zijn als betrokkenen op de een of andere manier gedwongen kunnen worden eraan mee te werken. Kan dat en willen wij dat?

Maar: de gecursiveerde woorden geven meteen de beperking aan van mijn stellingname. Snelheid is niet het enige dat telt. Collectieve arrangementen geven betrokkenen waarschijnlijk niet altijd waar zij individueel recht op hebben. Zo zijn het Dexia-aanbod en de Duisenbergregeling allebei in het algemeen minder gunstig voor afnemers dan de rechtspraak van de Hoge Raad. Een keuze voor collectieve arrangementen vergt dus een afweging van het recht van eenieder dat individueel en precies bepaald wordt wat hem of haar toekomt tegenover de tijd, moeite en geld die het kost om dit voor elkaar te krijgen. Dat de rechtspraak gefinancierd wordt uit algemene middelen en zwaar (over)belast raakt bij een keuze voor individuele afdoening mag hierbij zeker worden meegenomen.⁵⁹

57 Per woning moet de schade worden opgemeten en worden toegerekend aan de aardbevingen. Ook speelt de vraag naar immateriële schade.

58 Van beleggingsverzekeringen ("woekerpolissen") zijn er tussen 1993 en 2003 zo'n 7 miljoen verkocht. Zij hadden een totale geschatte waarde van € 100 miljard. Ook in die zaken is en wordt veel geprocedeerd, maar vooral collectief door belangenorganisaties, lijkt het (zie bijvoorbeeld consumentenclaim.nl). Daarnaast worden regelmatig voor grote aantallen deelnemers schikkingen bereikt (nl.wikipedia.org/wiki/Woekerpolisaffaire).

59 Ik verwijs voor dit onderwerp naar het heel interessante proefschrift van Van Hattum 2018.

LITERATUURVERWIJZINGEN

- C. Asser & J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel* [2] (Asser-serie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- B.H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, New York: Oxford University Press 2004.
- D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020, p. 452-467.
- A.G. Castermans & P.W. Hollander, 'Dwaling tussen privaatrecht en publiekrecht', *WPNR*, nr. 6940, 2012, p. 563-574.
- B. van Hattum, *De afwikkeling van zorgplichtclaims. Een onderzoek naar het adequater oplossen van affaires rondom retailproducten en dienstverlening op financiële markten* (Boom Masterreeks), Den Haag: Boom juridisch 2018.
- K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2012.
- P. Kottenhangen, *Van precedent tot precedent* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1986.
- D.N. MacCormick & R.S. Summers (eds.), *Interpreting precedents. A comparative study*, Ashgate Publishers 1997.