



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Mededelingsplicht en waarschuwingsplicht: over samenloop van ongeschreven normen

Jansen, K.J.O.; Breedveld-de Voogd, C.G.; Castermans, A.G.; Krans, H.B.; Wissink, A.E.C.

Citation

Jansen, K. J. O. (2020). Mededelingsplicht en waarschuwingsplicht: over samenloop van ongeschreven normen. In C. G. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, H. B. Krans, & A. E. C. Wissink (Eds.), *Sluitertijd: Reflecties op het werk van Jaap Hijma* (pp. 217-228). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464031>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464031>

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

Mededelingsplicht en waarschuwingsplicht: over samenloop van ongeschreven normen

Kasper Jansen

De informatieverstrekking over financiële producten wordt beheerst door verschillende geschreven en ongeschreven normen, van privaat- en publiekrechtelijke herkomst. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet onderscheid worden gemaakt tussen de mededelingsplicht uit het dwalingsleerstuk en de waarschuwingsplicht uit hoofde van de bancaire zorgplicht. In recente rechtspraak over rentederivaten heeft de Hoge Raad dit onderscheid gerelativeerd, door te oordelen dat de bancaire zorgplicht doorwerkt in de mededelingsplicht die ingevolge art. 6:228 BW op de bank rust. In deze bijdrage wordt deze rechtspraak geanalyseerd vanuit een oogpunt van samenloop van rechtsregels. Gepleit wordt voor een zo groot mogelijke gelijkshakeling van mededelingsplicht en waarschuwingsplicht in vraagstukken van informatieverstrekking over financiële producten.

Hoe een jurist de werkelijkheid beziet

Het proefschrift van Jaap Hijma bevat een ‘standpuntbepaling’ die karakteristiek is voor zijn rechtswetenschappelijke stijl. Met deze standpuntbepaling verwerpt Hijma de in de negentiende eeuw gangbare ‘nonexistentieleer’, de leer die inhield dat nietige rechtshandelingen in juridische zin niet zouden bestaan. Hij noemt deze leer ‘in haar essentie weinig solide’. Kenners van zijn werk – in het bijzonder promoti die vertrouwd zijn met Hijma’s scherpzinnige commentaar in de kantlijn van hun concepten – herkennen in deze ogenschijnlijk bescheiden bewoordingen de opmaat van een vernietigende kritiek. Inderdaad laat Hijma weinig heel van de non-existentieleer. Doordat men bepaalde feiten uit de juridische werkelijkheid ‘wegdenkt’, wordt volgens Hijma ‘miskend, dat tussen de feitelijke en de juridische realiteit geen discrepantie mag (ja kan) bestaan’. Hij vervolgt: ‘De jurist beziet de werkelijkheid zoals zij is. Natuurlijk kan hij, in het kader van een rechtsvraag de gegevens van het hem voorgelegde geval wegend, een bepaald feit als – voor die rechtsvraag – irrelevant bestempelen. Doch aldus wordt een *conclusie* getrokken, die een inhoudelijke beoordeling veronderstelt: geen enkel feit, geen enkele omstandigheid is *a priori* onbelangrijk.’ De slotsom luidt: ‘Er is slechts één werkelijkheid. Het recht kan daarin relevante, minder relevante en irrelevante

feiten onderkennen, doch begeeft zich op een dwaalweg als het meent bepaalde gegevens bij voorbaat te kunnen of moeten wegwerken.¹

Het woord ‘dwaalweg’ trok in deze passage mijn aandacht. Als grootmeester van het dwalingsleerstuk heeft Hijma zich meer dan eens beziggehouden met de vraag hoe het recht moet reageren op een onjuiste voorstelling van ‘de werkelijkheid’ bij contractspartijen. In zijn voorliefde voor het dwalingsleerstuk toont Hijma zich een realist *pur sang*. Interessant is dat diezelfde karaktertrek doorklinkt in zijn standpuntbepaling over de verhouding tussen ‘de feitelijke en de juridische realiteit’. Zijn pleidooi voor aansluiting van het recht bij de realiteit zal iedere jurist graag ter harte nemen.

Of een discrepantie tussen de feitelijke en de juridische realiteit in het geheel niet ‘kan’ bestaan, zoals Hijma stelt, waag ik te betwijfelen. Ficties zijn in het recht niet altijd te vermijden. In het dwalingsleerstuk, waartoe ik mij hier beperk, vervult bijvoorbeeld het adagium dat ‘ieder wordt geacht de wet te kennen’, ofschoon fictief, een belangrijke rol.² Voorts wordt tot op zekere hoogte aanvaard – ook door Hijma³ – dat een mededelingsplicht kan rusten op een partij die het bewuste feit niet kende.⁴ Het gaat hier om juridische constructies waarbij bepaalde feiten die rehtens geen rol behoren te spelen (de onbekendheid met het recht respectievelijk de mede te delen informatie) worden ‘weggedacht’. Dat is een manier van redeneren die juristen vertrouwd is, en die Hijma in zijn standpuntbepaling ook aanvaardt. Nu kan men volhouden dat zulk juridisch ‘wegdenken’ de feitelijke realiteit onaangetast laat, zoals Eggens, een andere *founding father* van het nulliteitenleerstuk, heeft betoogd.⁵ Reëler lijkt het mij om te onderkennen dat de feitelijke en de juridische werkelijkheid in zoverre – waar het de selectie en de waardering van de relevante feiten betreft – uiteen kunnen lopen.⁶

Samenloop van ongeschreven normen

De geciteerde standpuntbepaling brengt mij bij een vervolgvraag. Aangenomen dat discrepanties tussen de feitelijke en de juridische realiteit zoveel mogelijk moeten worden vermeden, rijst de vraag of hetzelfde heeft te gelden voor discrepanties tussen verschillende ‘juridische werkelijkheden’. Ik doel op de problematiek van samenloop van rechtsregels. Voor juristen is dit een bekend verschijnsel. Een handelwijze kan onrechtmatig zijn, maar niet strafbaar. Een zaak kan non-conform

¹ Zie Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 72 e.v. (citaten op p. 73 en p. 119).

² Vgl. Jac. Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW (2019), aant. 11.2.

³ Zie Jac. Hijma, ‘Van Geest/Nederlof’, *AA* 1991/9, p. 663 (voetnoot 5).

⁴ Zie Jac. Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW (2019), aant. 6.6.1.

⁵ Zie J. Eggens, *Over het fingeren van rechtsficties* (oratie UvA), Haarlem: Bohn 1958, p. 14, onder verwijzing naar Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974/13.

⁶ Discrepanties tussen de feitelijke en de juridische werkelijkheid kunnen overigens ook ontstaan bij de vaststelling van de feiten in rechte.

zijn (in de zin van art. 7:17 BW), maar niet gebrekkig (in de zin van art. 6:173 BW). Het niet-mededelen van een feit kan dwaling opleveren (in de zin van art. 6:228 BW), maar geen aansprakelijkheid wegens wanprestatie (in de zin van art. 6:74 BW). Te betogen valt dat zulke discrepanties niet problematisch zijn, omdat rechtsregels nu eenmaal moeten worden geïnterpreteerd. Als interpretatie uitwijst dat de ene regel wel en de andere niet van toepassing is, kan men zeggen dat er per saldo geen samenloopprobleem bestaat.⁷ Deze discussie valt buiten het bestek van deze bijdrage. Ik volsta met de constatering dat het recht, in elk geval vanuit procesueel perspectief, justitiabelen dikwijls plaatst voor de keuze tussen verschillende mogelijke grondslagen van hun vordering of verweer, en dat die keuze de uitkomst van een zaak kan bepalen.⁸ Zo beschouwd is er niet één ‘juridische werkelijkheid’, maar een samenstel van juridische kaders waarin de feitelijke werkelijkheid al dan niet gevangen kan worden.

Bij samenloop van *wettelijke* normen is een eventuele discrepantie in de juridische beoordeling van één en hetzelfde feitencomplex aanvaardbaar. Wettelijke normen zijn publiekelijk toegankelijk, hebben een min of meer duidelijk afgebakend toepassingsbereik en verschillen van inhoud naar gelang van hun door de wetgever gekozen doel en strekking. Hierbij past dat wettelijke normen met elkaar ‘in strijd’ kunnen zijn, in die zin dat zij in één en dezelfde situatie verschillende gedragslijnen kunnen voorschrijven.⁹ Bij *ongeschreven* normen lijkt mij een dergelijke tegenstrijdigheid niet gewenst.¹⁰ Ongeschreven normen ontleen hun legitimatie aan de gedachte dat zij ‘behoren tot het publieke domein, dat wil zeggen toegankelijk zijn voor iedereen die over een redelijk inzicht beschikt’.¹¹ Tegen die achtergrond moeten verschillen in normering bij de toepassing van het ongeschreven recht steeds redelijkerwijs verklaarbaar, oftewel voorzienbaar zijn. Ongeschreven normen berusten op een belangenafweging.¹² In een concreet geval kunnen de in het geding zijnde belangen uiteraard verschillende kanten op wijzen. De uiteindelijke afweging ervan – de normstelling – dient echter eenvormig te zijn. Voor justitiabelen moet immers op voorhand duidelijk zijn, waartoe zij onder bepaalde omstandigheden gehouden zijn. Een samenloop van onderling conflicterende regels van ongeschreven recht acht ik daarom uitgesloten, althans zoveel

7 Zie bijv. H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979, p. 58-59.

8 Zie bijv. A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop (Monografieën BW nr. A21)*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 1 (p. 2).

9 Zie over de samenloopregels die hier de weg wijzen: Castermans & Krans, *Samenloop (Mon. BW nr. A21)* 2019, nr. 8 e.v. (keuzevrijheid), nr. 27 e.v. (keuzeplicht) en nr. 31 e.v. (exclusiviteit).

10 Zie over de samenloop van ongeschreven normen ook: Castermans & Krans, *Samenloop (Mon. BW nr. A21)* 2019, nr. 2 (p. 5).

11 Aldus J.H. Nieuwenhuis, ‘Ieder het zijne’, *RM Themis* 1988, p. 76-77.

12 Vgl. voor maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW (2019), aant. 6.1.4 (met verdere verwijzingen).

mogelijk te vermijden: het ongeschreven recht moet worden opgevat als één samenhangend geheel.¹³

Uiteraard kan het ongeschreven recht, net als het geschreven recht, uiteenlopende regels voor één en dezelfde situatie voorschrijven, zonder dat die regels met elkaar in strijd zijn. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de verkoper van een gebrekkige woning aan potentiële kopers géén mededeling behoeft te doen van zichtbare ouderdomsgebreken (achterstallig onderhoud, scheuren, verzakking), maar wél van een onzichtbare olie- en asbestverontreiniging.¹⁴ Daar is niets tegenstrijdigs aan: de verschillende uitkomsten corresponderen met verschillende verwijten aan het adres van de verkoper. Waar het echter één en hetzelfde verwijt in één en dezelfde rechtsverhouding betreft, moet mijns inziens het ongeschreven recht eenvormig worden uitgelegd, ongeacht in welke juridisch-dogmatische context die uitleg plaatsvindt. Ik kan mij daarom minder goed vinden in het door Hijma verdedigde standpunt, dat onjuiste en onvolledige informatieverstrekking in het dwalingsleerstuk anders moeten worden beoordeeld dan in het non-conformiteitsleerstuk (aldus dat de onderzoeksplicht van de koper in het non-conformiteitsleerstuk zwaarder zou wegen dan bij dwaling). Zijn gedachte is dat aansprakelijkheid wegens non-conformiteit voor de verkoper ingrijpender is (en daarom minder snel moet worden aangenomen) dan vernietiging wegens dwaling.¹⁵

Dit gezichtspunt – de *rechtsgevolgen* van de normschending – mag volgens mij niet bepalend zijn voor de invulling van het ongeschreven recht, althans niet indien die rechtsgevolgen wettelijk verankerd zijn (zoals de vernietigingssanctie van art. 6:228 BW en de schadevergoedingssanctie van art. 7:17 jo. 6:74 BW). Om te beginnen is het maar de vraag welk rechtsgevolg men ingrijpender acht, en vanuit wiens perspectief men dit beoordeelt. In de context van financiële producten, waarop ik hierna verder inga, wordt bijvoorbeeld juist de vernietiging wegens dwaling als meest ingrijpende sanctie beschouwd, vanwege de daarmee gepaard gaande ongedaanmakingsverbintenissen voor de aanbidders.¹⁶ Dit heeft iets willekeurigs: men zou ook kunnen redeneren dat de afnemer het rechtsgevolg mag inroepen dat hém de meeste rechtsbescherming biedt. Meer in algemene zin meen ik dat de inhoud van het ongeschreven recht onafhankelijk van de rechtsgevolgen van een eventuele schending daarvan moet (kunnen) worden vastgesteld. Voor justitiabelen die hun gedrag moeten afstemmen op het ongeschreven recht, is immers op voorhand niet duidelijk welke rechtsgevolgen de wederpartij zal willen inroepen. Justitiabelen moeten, ongeacht de juridisch-dogmatische inbedding van een eventueel toekomstig geschil, kunnen weten waartoe zij in een concrete situatie gehouden zijn. Als blijkt dat de wet, door verwijzing naar een ongeschreven norm,

¹³ Vgl. *Asser/Scholten Algemeen deel* * 1974/12: 'Bij ieder rechtsoordeel vindt niet alleen die regel toepassing, die direct wordt gehandhaafd, maar ook talrijke andere: de rechtsorde is één geheel.'

¹⁴ Vgl. HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2287, *RvdW* 2016/1036 (*Woonboerderij*), r.o. 3.6 en 3.7.

¹⁵ Zie *Asser/Hijma* 7-I 2019/490 en 497.

¹⁶ Zie bijv. M.D.H. Nelemans & J.G.J. Rinkes, 'Zorgplichten en dwaling bij renteswaps', *NTHR* 2019/6, p. 272.

een sanctie voorschrijft die tot ongewenste uitkomsten leidt, dan moet de *wet* worden aangepast, niet de ongeschreven norm.

Steun voor deze benadering vind ik, vanuit een breder verbintenisrechtelijk perspectief, in de opmerkingen van de wetgever over de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid (als bedoeld in art. 6:2 BW) en maatschappelijke betamelijkheid (als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW). Volgens de wetgever zal het, voor wat betreft de rechtsgevolgen, ‘weinig verschil’ maken of van iemand een bepaald gedrag kan worden geëist op grond van redelijkheid en billijkheid of op grond van de maatschappelijke betamelijkheid. In beide gevallen gaat het om ‘de concrete omstandigheden van het geval, terwijl voor de vraag wat redelijk en billijk, respectievelijk betamelijk is, steeds grote betekenis zal toekomen aan de (rechts) verhouding waarin partijen tot elkaar staan’.¹⁷ Dit brengt mij bij het onderwerp van deze bijdrage: de verhouding tussen de precontractuele mededelingsplicht uit het dwalingsleerstuk en de buitencontractuele waarschuwingsplicht uit hoofde van de bancaire zorgplicht.

De mededelingsplicht uit het dwalingsleerstuk

Art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, verklaart een overeenkomst vernietigbaar wegens dwaling, ‘indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten’. De concrete invulling van deze spreek- of mededelingsplicht is aan de rechtspraak overgelaten.¹⁸ Het komt erop aan of de wederpartij onder de gegeven omstandigheden naar verkeersopvattingen – dus op grond van het ongeschreven recht – gehouden is de dwalende uit de droom te helpen.¹⁹ Gezichtspunten die in dit verband een rol kunnen spelen zijn onder meer (i) de aard van de rechtsverhouding tussen partijen (waaronder hun hoedanigheid en deskundigheid), (ii) de aard van de mede te delen informatie en (iii) de aard van de betrokken belangen.²⁰ De mededelingsplicht strekt mede tot bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling.²¹ Doel

¹⁷ Zie Eindverslag I, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 71.

¹⁸ Vgl. MvA, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 909.

¹⁹ Zie bijv. HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, NJ 1998/666, m.nt. W.M. Kleijn (*Offringa/Vinck en Van Rosberg*), r.o. 3.5; en HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6237, NJ 2001/559, m.nt. Jac. Hijma (*L.E. Beheer/Stijnman*), r.o. 3.4.

²⁰ Zie Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden) 2012, par. 3.6.3. Zie ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, RvdW 2019/786 (*Prejudiciële vragen rentederivaat*), onder 6.13.

²¹ Zie bijv. HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, NJ 1998/666, m.nt. W.M. Kleijn (*Offringa/Vinck en Van Rosberg*), r.o. 3.3.5; en HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (*Kranendonk en de Vries/A.*), r.o. 3.5.

van de mededelingsplicht is (dus) het bevorderen van *informed consent*: het voorkomen dat de dwalende onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert.²² De inhoud en omvang van de mededelingsplicht – de aan de mededeling te stellen eisen – zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als minimumeis geldt dat de mededeling *voldoende duidelijk* moet zijn voor de dwalende.²³ Dit duidelijkheidsvereiste kan meebrengen dat de te verstrekken informatie moet worden ‘uitge-licht’ (bijvoorbeeld waar het gaat om informatie die deel uitmaakt van een grote hoeveelheid schriftelijk verstrekte informatie) of ‘toegelicht’ (bijvoorbeeld waar het gaat om complexe informatie en/of een ondeskundige wederpartij).²⁴ De blote verstrekking van informatie zal dus niet in alle gevallen afdoende zijn. Het komt erop aan of de partij op wie de mededelingsplicht rust, mag verwachten dat de verstrekte informatie het beoogde effect – *informed consent* bij de dwalende – zal sorteren.²⁵

Om voornoemd effect te sorteren, zijn verschillende uitvoeringsvarianten mogelijk, variërend van bijvoorbeeld het overhandigen van een brochure, het wijzen op een beschadiging of het mededelen van een schadevoorval, tot het uitleggen van bepaalde productkenmerken, het waarschuwen voor mogelijke risico's en het navragen of de dwalende alles begrepen heeft.

Welke uitvoeringsvarianten ter beschikking staan, is in de eerste plaats afhankelijk van de aard van de te verstrekken informatie. De mededelingsplicht heeft veelal betrekking op feitelijke gegevens of gebeurtenissen. Men denke bijvoorbeeld aan het gevalstype dat Hijma met de hem typerende humor als ‘zwamzaken’ aanduidt.²⁶ Of een te koop staande woning wordt geteisterd door zwammen, schimmels of vergelijkbare gebreken, kan empirisch worden vastgesteld. In zulke gevallen komt de naleving van een eventuele mededelingsplicht neer op het verstrekken van de benodigde feitelijke informatie die de koper in staat stelt om een goed geïnformeerde beslissing te nemen, zoals een rapport waaruit de betreffende gebreken blijken.

Er zijn ook gevallen waarin de dwaling betrekking heeft op onzekere factoren of risico's. Men denke bijvoorbeeld aan de verkoop van een perceel grond waarvan de bestemming dreigt te worden gewijzigd of van een huurpand waarvan een huurprijsverlaging is verzocht.²⁷ In zulke gevallen kan de verkoper niet mededelen hoe

22 Zie Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden) 2012, par. 2.3.3. Zie ook HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZCoo88, NJ 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*), r.o. 3.2; en HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, RvdW 2019/786 (*Prejudiciële vragen rentederivaat*), r.o. 3.5.3.

23 Zie HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410, NJ 2010/548, m.nt. Jac. Hijma (*Gomes/Rental*), r.o. 3.7.3. Zie ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, RvdW 2019/786 (*Prejudiciële vragen rentederivaat*), onder 6.14 e.v.

24 Zie Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), par. 3.6.4.

25 Vgl. HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*), r.o. 3.4.3.

26 Zie Jac. Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW (2019), aant. 6.21.5.3.

27 Vgl. HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9306, NJ 1986/747, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Ernst en Latten/Crombag-Spaai*); en HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7456, NJ 2006/658 (*Wegerif/Quicker*).

de onzekerheid of het risico in kwestie zal uitpakken voor de koper. Hij kan, en moet (naar gelang van de omstandigheden), wel op het *bestaan* van die onzekerheid respectievelijk dat risico wijzen, aangenomen dat de dwaling geen zuiver toekomstige omstandigheid als bedoeld in art. 6:228 lid 2 BW betreft.²⁸

Met name in deze tweede categorie van gevallen – waartoe ook de hierna te bespreken rentederivaten-rechtspraak behoort – kan de meergenoemde eis van voldoende duidelijkheid meebrengen dat de mededelingsplicht het karakter krijgt van een waarschuwingsplicht: een op de verkoper rustende gehoudenheid om de koper duidelijk te informeren over de aan de transactie verbonden risico's.²⁹ Of men de mededelingsplicht hier (mede) in termen van een waarschuwingsplicht aanduidt, is volgens mij een kwestie van woordkeus: het onderscheid tussen mededelen en waarschuwen (als vormen van informatieverstrekking) is graduueel van aard.³⁰ Hierbij past wel de kanttekening dat de mededelingsplicht in geen geval tot meer dan duidelijke *informatieverstrekking* verplicht. De precontractuele mededelingsplicht omvat (in welke uitvoeringsvariant dan ook) geen verplichting om de dwalende te *adviseren* over de voorgenenomen transactie. Een dergelijke verplichting kan slechts voortvloeien uit een contractuele adviesrelatie tussen de betrokken partijen.³¹ Vanuit samenlooperspectief kan men zeggen dat onzorgvuldige advisering en onzorgvuldige informatieverstrekking verschillende verwijten, en daarmee verschillende rechtsvragen, betreffen, zodat de beoordeling daarvan niet inhoudelijk gelijkgeschakeld mag worden.

De waarschuwingsplicht uit hoofde van de bancaire zorgplicht

Volgens vaste rechtspraak rust op banken en andere professionele aanbieders van risicovolle financiële producten en diensten een bijzondere zorgplicht (hierna ook kortweg: de 'bancaire zorgplicht'). Het betreft een norm van ongeschreven privaatrecht, die verband houdt met de maatschappelijke functie en deskundigheid van de aanbieders. De reikwijdte van de bancaire zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De bancaire zorgplicht kan verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd.³² Bij het aanbieden van risicovolle financiële producten en diensten vloeit uit de bancaire zorgplicht (naar gelang van de omstandigheden) enerzijds een *waarschuwingsplicht* omtrent de betrokken risico's voort, en anderzijds een *onderzoeks- en adviserings-*

28 Vgl. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410, NJ 2010/548, m.nt. Jac. Hijma (*Gomes/Rental*), r.o. 3.7.3.

29 Vgl. Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946, r.o. 2.14, kenbaar uit HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, RvdW 2019/1014 (*Recreatiestrand*).

30 Zie Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden) 2012, par. 2.3.2.

31 Vgl. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, RvdW 2019/1014 (*Recreatiestrand*), r.o. 4.2.2.

32 Zie bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.8.3 en 4.11.5; en HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, NJ 2019/184, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Amstelstaete/Verweerders*), r.o. 3.4.2.

plicht omtrent de inkomens- en vermogenspositie van de cliënt. De eerstgenoemde waarschuwingsplicht geldt met name jegens een afnemer die over de aangeboden producten of diensten geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben. De waarschuwingsplicht strekt ertoe deze wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.³³ In zijn effectenlease-rechtspraak uit 2009 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de waarschuwingsplicht uit hoofde van de bancaire zorgplicht ‘verder reikt’ dan de mededelingsplicht uit het dwalingsleerstuk. Tegen deze achtergrond verenigde de Hoge Raad zich met de benadering die de meeste feitenrechters in de talrijke effectenlease-zaken hadden gekozen, namelijk een verwerping van het beroep op dwaling en een gedeeltelijke honorering van de aanspraak op schadevergoeding wegens schending van de bancaire zorgplicht. In de literatuur is destijds gewezen op de systematische inconsistentie van die benadering. De Hoge Raad verwierp het beroep op dwaling met het argument dat in algemene productinformatie ‘op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico’s, waaronder het restschuldrisico, te voorkomen’. Tegelijk honoreerde hij het beroep op schending van de bancaire zorgplicht met het argument dat de aanbieders gehouden waren de afnemers ‘indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld’.³⁴

Hiermee rees de vraag waarom afnemers gewaarschuwd moesten worden voor een risico dat zij al kenden.³⁵ Du Perron, die kon instemmen met het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid, gaf hierop als antwoord: ‘niet om informatie over te dragen, die is immers al bekend, maar om de gewaarschuwd zich nog eens op die informatie te laten bezinnen’.³⁶ Dat klinkt plausibel, maar toch bevredigt het antwoord mij niet. Oók de mededelingsplicht heeft immers ten doel dat de dwalende zich ‘bezint’ op de medegedeelde informatie. Als een risico slechts in algemene productinformatie is benoemd en daardoor evident niet is doorgedrongen tot de dwalende, moet een beroep op dwaling tot de mogelijkheden behoren. Omgekeerd geldt dat een beroep op schending van de waarschuwingsplicht behoort te falen als de cliënt afdoende geïnformeerd en (dus) welbewust een risico heeft genomen. Mededelingsplicht en waarschuwingsplicht betreffen hier hetzelfde verwijt, namelijk onduidelijke informatieverstrekking over de risico’s van een financieel product. Hun inhoud zou daarom naar mijn mening niet uiteen mogen lopen. Dit wordt anders wanneer onder de noemer van een mededelings- of

33 Zie bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.2.1; en HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW* 2019/786 (*Prejudiciële vragen rentederivaat*), r.o. 3.5.5.

34 Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.4.5 en 4.10.3.

35 Zie Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden) 2012, par. 4.8.5. Zie ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW* 2019/786 (*Prejudiciële vragen rentederivaat*), onder 7.10 e.v.

36 Zie C.E. du Perron, ‘Effectenlease. The saga continues’, *TOP* 2010/2, p. 63.

waarschuwingsplicht een verwijt van *onjuiste advisering* wordt gemaakt: dan gaat het niet langer om een kwestie van informatieverstrekking en is dus ook geen afstemming met de informatieplichten uit het dwalingsleerstuk vereist.

De rentederivaten-rechtspraak

In zijn rentederivaten-rechtspraak uit 2019 heeft de Hoge Raad het onderscheid tussen mededelingsplicht en waarschuwingsplicht verduidelijkt, en tot op zekere hoogte gerelativeerd. Het ging in die rechtspraak om financiële producten die waren aangeboden aan (onder meer) ondernemers uit het midden- en kleinbedrijf. Deze producten, de zogenaamde rentederivaten, waren bedoeld om het risico van een rentestijging af te dekken, dat de betrokken ondernemers als kredietnemers van de bank liepen. Daartoe werd, in een veel voorkomende variant, een zogenaamde ‘renteswap’ aangegaan, een overeenkomst waarbij de bank aan de ondernemer een variabele rente betaalde, en de bank in ruil daarvoor een vaste rente van de ondernemer ontving. Aan deze overeenkomst was onder meer het risico verbonden dat de ondernemer die het krediet en de renteswap tussentijds wenste te beëindigen, bij een lage rentestand een ‘negatieve waarde’ van de renteswap moest vergoeden, bovenop de reeds gedane aflossingen en rentebetalingen. De centrale vraag was, voor zover hier van belang, of banken hun cliënten voldoende over dit risico hadden geïnformeerd, door in de algemene productinformatie te wijzen op het feit dat (kort samengevat) de waarde van het derivaat was gekoppeld aan de rentestand.

De meeste feitenrechtters kozen in de rentederivaten-rechtspraak de benadering die ook in de effectenlease-rechtspraak leidend was geweest: het verstrekken van algemene productinformatie volstaat ter naleving van de mededelingsplicht uit het dwalingsleerstuk, maar ontslaat de aanbieder niet van zijn uit de bancaire zorgplicht voortvloeiende waarschuwingsplicht.³⁷ In een prejudiciële uitspraak van 28 juni 2019 en een tweetal daarop voortbouwende arresten in reguliere cassatiezaken van 4 oktober 2019 heeft de Hoge Raad deze benadering in grote lijnen onderschreven, in navolging van de bijbehorende conclusies van advocaat-generaal Wissink (waarvan de algemene beschouwingen in de drie zaken gelijklopend waren).³⁸

In de prejudiciële uitspraak van 28 juni 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1046) bevestigde de Hoge Raad dat de mededelingsplicht uit het dwalingsleerstuk ‘moet worden onderscheiden’ van de waarschuwingsplicht uit hoofde van de bancaire zorgplicht.

37 Zie de conclusie van A-G Wissink voor HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW* 2019/786 (*Prejudiciële vragen rentederivaat*), onder 5.13 e.v.

38 Zie HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW* 2019/786 (*Prejudiciële vragen rentederivaat*); HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, *RvdW* 2019/1014 (*Recreatiestrand*); en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *RvdW* 2019/1015 (*Jeansketen*). In een vierde gelijksoortige zaak heeft de Hoge Raad afgezien van beantwoording van de prejudiciële vragen (HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:591).

Hij wees in dit verband op de beschermingsstrekking van de waarschuwingsplicht: deze strekt ertoe de wederpartij ‘te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht’ (r.o. 3.5.5). De mededelingsplicht heeft in de visie van de Hoge Raad een andere, kennelijk minder ruime strekking, namelijk om ‘te bewerkstelligen dat de wederpartij tijdig inzicht kan krijgen in de wezenlijke kenmerken van dat product of die dienst’ (r.o. 3.5.3). Uitgangspunt is daarom dat aan deze mededelingsplicht is voldaan ‘indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico’s van dat derivaat’ (r.o. 3.5.6).

Het is mij niet duidelijk waarop de Hoge Raad dit verschil in strekking baseert. Volgens mij beogen zowel de mededelingsplicht als de waarschuwingsplicht te voorkomen dat de cliënt risico’s aangaat waarvan hij zich niet bewust is. Als er geen sprake is van *informed consent* aan de zijde van de cliënt, moet een beroep op dwaling evenzeer tot de mogelijkheden behoren als een beroep op schending van de bancaire zorgplicht. Dit laat onverlet dat de bancaire zorgplicht méér omvat dan alleen verplichtingen tot informatieverstrekking: een goed geïnformeerde cliënt zal zijn beroep op dwaling zien stranden, maar kan mogelijk nog wel profiteren van de onderzoeks- en adviseringsplicht uit hoofde van de bancaire zorgplicht.

In het arrest *Recreatiestrand* van 4 oktober 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1499) heeft de Hoge Raad herhaald dat de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht van elkaar moeten worden ‘onderscheiden’ (r.o. 4.2.1). Vervolgens heeft hij dit onderscheid gerelativeerd, door te overwegen dat het door de bank ter voldoening aan de op haar rustende zorgplicht verrichte onderzoek of de in voorkomend geval door haar als adviseur ingewonnen inlichtingen, ‘informatie opleveren die voor de bank relevant is om te beoordelen welke informatie zij aan de cliënt moet verstrekken om te voorkomen dat deze onder invloed van dwaling contracteert’. Indien uit die informatie bijvoorbeeld blijkt dat ‘de kennis of ervaring van de cliënt verschillen van wat de bank in het algemeen mag verwachten’, bestaat aanleiding om in zoverre af te wijken van het uitgangspunt dat ter naleving van de mededelingsplicht met de verstrekking van algemene productinformatie kan worden volstaan (r.o. 4.2.4). Tot de omstandigheden van het geval waarvan de omvang en inhoud van de mededelingsplicht afhankelijk zijn, kan dus ook ‘de informatie behoren die de bank verkrijgt door nakoming van haar zorgplicht of van haar verplichtingen uit een adviesrelatie’ (r.o. 4.2.7).

Reflexwerking van de bancaire zorgplicht in het dwalingsleerstuk

De zojuist geciteerde overwegingen uit het arrest *Recreatiestrand* komen erop neer dat de Hoge Raad bij de invulling van de mededelingsplicht uit het dwalingsleerstuk *reflexwerking* toekent aan de bancaire zorgplicht. Die reflexwerking betreft, naar ik begrijp, niet de waarschuwingsplicht (die de Hoge Raad immers strikt wil blijven onderscheiden van de mededelingsplicht), maar wel de onderzoeks- en

adviseringsplicht. De mededelingsplicht wordt aldus enerzijds ingesnoerd (zij beoogt slechts blote informatieverstrekking en geen bescherming van de dwalende) en anderzijds verruimd (zij wordt mede gekleurd door de kennis die de bank over de cliënt vergaart bij de naleving van zijn onderzoeks- en adviseringsplicht). In de lagere rechtspraak was een dergelijke benadering al incidenteel waarneembaar.³⁹ Ook advocaat-generaal Wissink toonde zich een voorstander van deze benadering.⁴⁰ In commentaren op de rentederivaten-rechtspraak van de Hoge Raad klinken eveneens instemmende geluiden.⁴¹

Vanuit samenlooperspectief ben ik geen voorstander van deze nieuwe lijn. Reflexwerking is, in termen van samenloop, te beschouwen als een variant van het verschijnsel 'exclusiviteit'. Om te voorkomen dat een exclusief toepasselijke rechtsregel wordt doorkruist door een andere, daarmee samenlopende rechtsregel, wordt laatstbedoelde regel (in dit geval de mededelingsplicht) ingekleurd door de exclusief toepasselijke regel (in dit geval de bancaire zorgplicht).⁴² Voor een dergelijke exclusiviteit zie ik hier geen goede aanknopingspunten. Op zichzelf heb ik geen bezwaar tegen een zekere doorwerking van de onderzoeks- en adviseringsplicht in het kader van het dwalingsleerstuk. Zij lijkt mij tot op zekere hoogte zelfs vanzelfsprekend: de aard van de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen is van invloed op de inhoud en omvang van de precontractuele mededelingsplicht. Hier dreigt echter wel begripsverwarring: de mededelingsplicht heeft in beginsel geen betrekking op informatie die de bank *behoorde* te kennen en behelst ook geen verplichting om de cliënt te *adviseren*. Van een samenloop tussen de mededelingsplicht enerzijds en de onderzoeks- en adviseringsplicht anderzijds is in mijn visie dan ook geen sprake: zij betreffen wezenlijk verschillende verwijten. Mijn voornaamste bezwaar schuilt in het eerder geschetste probleem van uiteenlopende juridische werkelijkheden: een verschillende invulling van de mededelingsplicht uit het dwalingsleerstuk en de waarschuwingsplicht uit hoofde van de bancaire zorgplicht. Dat probleem wordt, als ik het goed zie, niet weggenomen door de bedoelde reflexwerking. Busch concludeert in zijn bespreking van de rentederivaten-rechtspraak, met instemming, dat de Hoge Raad de deur op een 'kier' zet om het strikte onderscheid tussen het dwalingsleerstuk en de bancaire zorgplicht 'in bepaalde gevallen te kunnen relativeren'.⁴³ Volgens mij zou die deur wijd open moeten staan. Een op de omstandigheden van het geval toegespitste mededelingsplicht mag geen uitzondering zijn, en het verstrekken van enkel gestandaardiseerde informatie geen regel. Het moge zo zijn dat een beroep op dwaling

39 Zie de conclusie van A-G Wissink voor HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *RvdW* 2019/786 (*Prejudiciële vragen rentederivaat*), onder 5.16.

40 Idem, onder 7.22.

41 Zie bijv. F.P.C. Strijbos, *JOR* 2019/253, onder 10 e.v.; M.D.H. Nelemans en J.G.J. Rinkes, *NTHR* 2019/6, p. 277 e.v.; en D. Busch, 'Bancaire zorgplicht en dwaling bij het aangaan van renteswaps', *AA* 2020/1, p. 75-76.

42 Zie Castermans & Krans, *Samenloop* (*Mon. BW nr. A21*) 2019, nr. 3 (p. 8), nr. 9 (p. 32) en nr. 31 (p. 93).

43 Zie Busch, *AA* 2020/1, p. 76.

verstreckende consequenties kan hebben voor de aanbieders van financiële producten en diensten, maar die consequenties – die wettelijk verankerd zijn – mogen mijns inziens niet bepalend zijn voor de invulling van het ongeschreven recht, nog daargelaten dat de dwalingsregeling mogelijkheden biedt om daaraan tegemoet te komen.⁴⁴

Hoe een realist het recht beziet

Ik ben realistisch genoeg om te begrijpen dat de Hoge Raad niet zal terugkomen van het door hem gemaakte onderscheid tussen mededelingsplicht en waarschuwplicht, zoals in 2009 geïntroduceerd en in 2019 bevestigd en verduidelijkt. Toch heb ik in deze bijdrage, deels napleitend,⁴⁵ kritiek geuit op dat onderscheid. Ik heb mij daarbij laten inspireren door Hijma's standpuntbepaling over de verhouding tussen 'de feitelijke en de juridische realiteit'. Wie een discrepantie tussen recht en werkelijkheid wil vermijden, moet er volgens mij ook voor waken dat verschillende 'juridische werkelijkheden' ontstaan, met name waar het de toepassing van het ongeschreven recht betreft. Ik vind het moeilijk uit te leggen dat justitiabelen enerzijds een brochure met algemene productinformatie beter hadden moeten lezen (op straffe van afwijzing van hun beroep op dwaling), terwijl anderzijds de bank hen had moeten waarschuwen voor hetgeen daarin te lezen viel (op straffe van aansprakelijkheid wegens schending van de bancaire zorgplicht). Waar de aan de bank gemaakte verwijten in wezen eenvormig zijn, namelijk beide inhouden dat de bank de cliënt beter had moeten informeren over de betrokken risico's, meen ik dat de desbetreffende informatieplichten gelijkgeschakeld moeten worden. De door de Hoge Raad aanvaarde reflexwerking van de bancaire zorgplicht lijkt hieraan slechts gedeeltelijk tegemoet te komen.

In mijn inleiding schreef ik dat Hijma zich, in zijn voorliefde voor het dwalingsleerstuk en zijn afkeer van ficties, een realist *pur sang* betoont. Ik stel mij voor dat ook zijn belangstelling voor de fotografie – die in de titel van deze bundel tot uitdrukking komt – hierbij aansluit. Afgaande op zijn juridische oeuvre, lijkt Hijma mij geen 'fotoshopper', maar iemand die glashelder en met veel oog voor detail de werkelijkheid in beeld brengt, zodanig dat de kijker dingen ontwaart die hij niet eerder (zo) zag. Ik prijs mij gelukkig dat ik – eerst als student, later als promovendus en tot op de dag van vandaag als trouwe lezer van zijn werk – heb mogen profiteren van die scherpe blik. Ik hoop dat nog heel lang te kunnen blijven doen.

⁴⁴ Zie Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden) 2012, par. 4.8.5.

⁴⁵ Vgl. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden) 2012, par. 2.3.2.