

Aandelenlease: Dexia volledig aansprakelijk vanwege tussenpersoon

Hoge Raad 2 september 2016, 14/04914, ECLI:NL:HR:2016:2012 en 14/04926, ECLI:NL:HR:2016:2015

A. de Vries-Stotijn & J.J.A. Braspenning, datum 29-12-2016

Datum

29-12-2016

Auteur

A. de Vries-Stotijn & J.J.A. Braspenning^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Civiel recht algemeen (V)

In zijn bekende arresten van 5 juni 2009 heeft de Hoge Raad bepaald dat er op aandelenlease-aanbieders een tweeledige zorgplicht rust. Bij een schending van deze zorgplicht blijft standaard 1/3-deel van de schade voor rekening van de consument in de vorm van eigen schuld. In zijn twee uitspraken van 2 september 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2012 en ECLI:NL:HR:2016:2015) ziet de Hoge Raad echter reden om van deze schadeverdeelsleutel af te wijken.

1. Introductie

In deze bijdrage staan wij stil bij twee uitspraken van de Hoge Raad van 2 september 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2012 en ECLI:NL:HR:2016:2015). Deze arresten zijn een volgende stap in de afwikkeling van de aandelenlease-affaire. De uitspraken zijn relevant voor particuliere beleggers die een aandelenleaseproduct hebben aangeschaft via een tussenpersoon. In deze zaken was niet in geschil dat Dexia, de aanbieder van de aandelenlease-overeenkomsten, de op haar rustende bijzondere zorgplicht (zie hierna onder 2.1) jegens beleggers geschonden had. Bij een schending van deze zorgplicht blijft standaard 1/3-deel van de schade voor rekening van de consument in de vorm van eigen schuld. In zijn 2 september uitspraken ziet de Hoge Raad echter reden om van deze schadeverdeelsleutel af te wijken. De Hoge Raad bepaalt dat Dexia voor de volledige schade van beleggers aansprakelijk is als zij wist of behoorde te weten dat de beleggers geadviseerd waren door een tussenpersoon, Spaar Select, die niet over de benodigde (advies)vergunning beschikte. Het accepteren van dit soort klanten levert een schending op van het financieel publiekrecht (art. 41 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999), wat leidt tot een extra onrechtmatigheidsgrond aan de zijde van Dexia. In dergelijke gevallen is er volgens de Hoge Raad geen plaats voor eigen schuld aan de zijde van de consument.

2. Feiten en achtergrond

2.1 De aandelenlease-affaire

Aandelenlease komt er kort gezegd op neer dat belegd wordt met geleend geld. De belegger zit goed zolang de beurskoersen voldoende stijgen en de winst meer bedraagt dan de kosten van de lening. Aan het begin van de 21^{ste} eeuw daalden de beurskoersen echter, waardoor een groot aantal beleggers met een restschuld bleef zitten.^[2] Het merendeel van deze beleggers valt onder de zogeheten Duisenberg-regeling,^[3] die algemeen verbindend verklaard is op grond van de Wet Collectieve Afhandeling Massaschade.^[4] Hierin is vastgelegd dat Dexia 2/3 van een eventueel ontstane restschuld voor haar rekening neemt. 24.000 beleggers hebben echter gebruikgemaakt van hun opt-out-recht (ex art. 7:908 lid 2 BW) en vallen daardoor niet onder deze regeling.^[5] In de hierna te bespreken zaken staat deze groep centraal.

In zijn bekende arresten van 5 juni 2009 heeft de Hoge Raad bepaald dat er op aandelenlease-aanbieders een tweeledige zorgplicht rust.^[6] Ten eerste dient de aanbieder consumenten te waarschuwen voor de mogelijkheid van een restschuld (de waarschuwingsplicht). Ten tweede dient de aanbieder onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van de consumenten (de onderzoeksplicht). Indien blijkt dat de belegger de financiële risico's mogelijk niet kan dragen, dient de aanbieder het product af te raden. Een weigeringsplicht werd nadrukkelijk van de hand gewezen door de Hoge Raad.^[7]

De Hoge Raad oordeelde dat bij een schending van de waarschuwingsplicht de aanbieder voor 60% aansprakelijk is voor de restschuld. Als de aanbieder daarnaast ook heeft nagelaten het aandelenleaseproduct af te raden aan een consument

voor wie het product een onaanvaardbare financiële last zou meebrengen, dan is zij aansprakelijk voor 60% van *alle* schade: restschuld, inleg, rente, kosten en aflossingen.^[9] Het Hof Amsterdam heeft in latere jurisprudentie de schadeverdeelsleutel (licht) gewijzigd ten gunste van de consument door te bepalen dat Dexia 2/3 van de betreffende schade dient te dragen.^[9] Deze verdeelsleutel staat bekend als de 'hof'-regel. De Hoge Raad is in latere uitspraken de consument nog verder tegemoet gekomen. Zo kan de echtgenoot van de consument een aandelenlease-overeenkomst vernietigen als hij of zij geen toestemming (ex art. 1:88 lid 1 onder b BW) heeft gegeven voor het aangaan van die overeenkomst.^[10] De hier besproken uitspraken van 2 september 2016 zijn een volgende ontwikkeling ten gunste van de consument.

2.2 De rol van tussenpersonen

Vaak werden aandelenlease-overeenkomsten aan de man gebracht via tussenpersonen zoals Spaar Select. De rol van tussenpersonen in de aandelenlease-affaire is al eerder aan de orde geweest in relatie tot de aansprakelijkheid van de aandelenlease-aanbieder. In 2009 verwierp het Hof Amsterdam een beroep op dwaling door een consument vanwege een misleidend beleggingsadvies door een tussenpersoon. Ongeacht de (onjuiste) uitlatingen van de tussenpersoon, bleek uit de aandelenlease-overeenkomst volgens het hof voldoende duidelijk dat belegd werd met geleend geld. De consument had daarom bedacht moeten zijn op de daaraan verbonden financiële risico's.^[11] Wel kan volgens de Hoge Raad de beleggingsadviseur zelf volledig aansprakelijk worden gehouden voor schade die de belegger loopt doordat, in strijd met de zorgplicht van de adviseur, een onjuist beleggingsadvies is gegeven.^[12] Een particuliere belegger die een deskundig adviseur inschakelt, moet in principe op de juistheid van diens advies kunnen vertrouwen. Hij hoeft zich daarom minder snel uit eigen beweging te verdiepen in niet vermelde risico's.^[13]

Bij een onjuist advies zal een particuliere belegger dus vaak de tussenpersoon voor de volledige schade aansprakelijk kunnen houden. Dit zal echter in veel gevallen geen soelaas bieden omdat veel van deze tussenpersonen inmiddels failliet zijn (zo ook Spaar Select).^[14] In de hier besproken zaken hebben beleggers dan ook Dexia aangesproken voor de gedragingen van Spaar Select. En met succes.

3. Procesverloop

3.1 Feiten en procedure bij het hof

In hoger beroep ging het kortweg om de vraag of, in afwijking van de 'hof'-regel (zie hierboven onder 2.1), de volledige schade voor rekening van Dexia moet komen omdat de consumenten onjuist geadviseerd waren door Spaar Select, een zogeheten cliëntenremisier, die ook nog eens in strijd met het effectenrecht handelde.

Een cliëntenremisier is een (rechts)persoon die klanten aanbrengt bij een beleggingsinstelling. Het is een specifieke variant van een effectenbemiddelaar.^[15] Een cliëntenremisier mag geen beleggingsadvies geven tenzij hij over een vergunning beschikt ex art. 7 Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995).^[16] Spaar Select heeft zonder een dergelijke vergunning toch beleggingsadvies gegeven. Dexia had, aldus de consumenten, op grond van art. 41 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (NR 1999) daarom de plicht om de door Spaar Select aangebrachte klanten te weigeren. Deze bepaling komt er op neer dat een beleggingsinstelling geen klanten mag accepteren van een bemiddelaar die geadviseerd heeft zonder de benodigde vergunning. Verder voeren de consumenten aan dat Spaar Select een ondeugdelijk advies heeft gegeven door hen niet op de financiële risico's van het aandelenlease-product te wijzen. Dit advies heeft Spaar Select volgens de consumenten gegeven als financieel adviseur namens Dexia. Dexia zou daarom voor het ondeugdelijke advies aansprakelijk zijn op grond van art. 6:76 BW.^[17] Dit artikel bepaalt dat indien een schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis gebruik maakt van de hulp van andere personen, hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk is.

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft in beide zaken in een tussenarrest geoordeeld dat, indien Dexia wist of behoorde te weten dat Spaar Select beleggingsadvies gaf, zij in strijd handelde met art. 41 NR 1999. Omdat deze regels beleggersbescherming als doel hebben, heeft Dexia in dat geval onrechtmatig gehandeld.^[18] Het hof laat de consumenten toe tot het leveren van bewijs ter onderbouwing van de stelling dat Dexia wist of behoorde te weten dat Spaar Select optrad als beleggingsadviseur.^[19] Als dat komt vast te staan, dan rechtvaardigt dit volgens het hof in afwijking van de 'hof'-regel, een schadeverdeling waarbij Dexia aansprakelijk is voor 80% van *alle* schade (restschuld, inleg, rente, kosten en aflossingen).^[20] Het beroep op art. 6:76 BW wordt daarentegen in beide zaken door het hof verworpen. Spaar Select was ingeschakeld in de precontractuele fase, aldus het hof, zodat haargedragingen niet verricht zijn ter uitvoering van een verbintenis die op Dexia rustte in de zin van art. 6:76 BW.^[21]

3.2 Rechtsvragen

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft in de hiervoor besproken tussenarresten cassatie opengesteld. Een van de twee zaken is

daarbij expliciet ingestoken als proefprocedure teneinde een precedent te scheppen voor vergelijkbare zaken.^[22] In beide zaken bij de Hoge Raad was niet in geschil dat Dexia de op haar rustende waarschuwingsplicht en (bij een onaanvaardbaar zware financiële last voor de consument) de onderzoeksplicht had geschonden.^[23] De vraag die in cassatie speelt is kortweg of de omstandigheden in deze zaken een afwijking van de 'hof'-regel rechtvaardigt. Meer specifiek is de vraag of:

1. Dexia in strijd met art. 41 NR 1999 handelde en wat daarvan de juridische gevolgen zijn;
2. de handelingen van Spaar Select aan Dexia moeten worden toegerekend op voet van art. 6:76 BW.

Daarnaast speelden er nog enkele andere vragen, waar wij ons evenwel niet op richten, omdat zij allen zijn afgedaan op grond van art. 81 RO.^[24]

4. Het oordeel van de Hoge Raad

4.1 Een schending van art. 41 NR 1999

4.1.1 De grieven

Allereerst komt Dexia in beide zaken op tegen het oordeel van het hof dat zij in strijd met art. 41 NR 1999 gehandeld heeft: "De onderdelen 1a, 1b, 2, 3a en 3b van het middel zijn gericht tegen het oordeel van het hof dat Dexia in strijd heeft gehandeld met art. 41 NR 1999 en daarmee jegens [eiser] onrechtmatig heeft gehandeld, indien Spaar Select jegens [eiser] als financieel adviseur is opgetreden en Dexia hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn."^[25]

Het hoofdargument waarmee Dexia de vermeende schending van art. 41 NR 1999 bestrijdt is, kortweg, dat een cliëntenremisier die beleggingsadvies geeft, niet vergunningsplichtig was.

4.1.2 Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt dat dit onderdeel faalt en legt in een uitgebreide uiteenzetting de werking van het destijds geldende effectenrecht uit. De Hoge Raad geeft aan dat een effectenbemiddelaar onder de Wte 1995 niet hetzelfde is als een beleggingsadviseur.^[26] Een beleggingsadviseur die geen klanten aanbrengt, was destijds niet vergunningsplichtig. De kernactiviteit van Spaar Select was echter juist het aanbrengen van klanten bij Dexia.

De hoofdregel is dat op grond van art. 7 Wte 1995 een vergunning vereist is voor een effectenbemiddelaar, en dus ook voor een cliëntenremisier.^[27] Ingevolge art. 12 Vrijstellingsregeling Wte 1995 zijn effectenbemiddelaars vrijgesteld van deze vergunningsplicht als zij slechts klanten aanbrengen (zonder te adviseren) bij een effecteninstelling die zelf vergunningsplichtig is.^[28] De reden voor deze vrijstelling is volgens de Hoge Raad het voorkomen van "een *nodeloze doublure*" van vergunningen. De effecteninstelling heeft uiteindelijk de eindverantwoordelijkheid voor het verrichten van de effectendienst en is daarvoor al vergunningsplichtig.^[29] Een vergunningsplicht voor de bemiddelaar zou dan dubbelop zijn. De Hoge Raad ziet echter geen aanleiding om deze vrijstelling ruim uit te leggen, zodat ook advieswerkzaamheden van de cliëntenremisier vrijgesteld zouden zijn:

"In het belang van een adequate regeling van het functioneren van de effectenmarkten, en om de positie van de beleggers op de effectenmarkten te beschermen, heeft de wetgever het immers in beginsel noodzakelijk geacht dat effectenbemiddelaars over een vergunning beschikken. [...] Een ruime uitleg van deze vrijstelling [...] zou afbreuk doen aan deze strekking van de Wte 1995."^[30]

Kortom, een adviserende cliëntenremisier is dus vergunningsplichtig.^[31] Indien Spaar Select, naast het aanbrengen van cliënten, zou hebben geadviseerd dan diende zij over een vergunning te beschikken.^[32] De Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE) heeft dat overigens in een beleidsbrief uit 2002 al eens benadrukt.^[33]

Indien Dexia wist of behoorde te weten dat Spaar Select zonder de benodigde vergunning beleggingsadvies gaf, dan heeft zij in strijd met art. 41 NR 1999 gehandeld door beleggers te accepteren die Spaar Select had aangebracht. Dit levert volgens de Hoge Raad een extra onrechtmatigheidsgrond op, naast de schending van de waarschuwings- en onderzoeksplicht (zoals hierna besproken).

4.2 De schadeverdeelsleutel

4.2.1 De grieven

Dexia komt op tegen de door het hof aangenomen schadeverdeling. Dexia verzoekt een gunstigere verdeelsleutel dan de verhouding 80-20. Aangezien Spaar Select een onafhankelijke tussenpersoon was, moeten volgens Dexia eventuele fouten in haar advisering voor rekening van de consumenten komen.^[34]

In de zaak ECLI:NL:HR:2016:2012 komt ook de consument op tegen de 80-20 verdeling die het hof aannam. Volgens de consument had juist de gehele schade voor rekening van Dexia moeten komen, omdat de cliënt in een adviesrelatie – met

Spaar Select – in beginsel op het advies mag afgaan.^[35] De consument voert daarnaast aan dat het onbegrijpelijk is dat Dexia op grond van art. 41 NR 1999 een weigeringsplicht had, maar dat hij desondanks 20% van de schade zelf moet dragen.

4.2.2 Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad benadrukt dat bij een schending van de waarschuwings- en onderzoeksplicht de 'hof'-regel het uitgangspunt blijft:

“Als uitgangspunt bij de beoordeling van het door Dexia gedane beroep op eigen schuld van [eiser] kan gelden dat de vergoedingsplicht van de aanbieder in beginsel zodanig moet worden verminderd dat de aanbieder een-derde gedeelte van de schade niet behoeft te vergoeden, en dat deze schade derhalve in zoverre voor rekening van de wederpartij (de particuliere belegger) blijft.”^[36]

Als (in afwachting van het te leveren bewijs) echter blijkt dat Spaar Select adviseerde zonder vergunning, dan is er sprake van een (extra) onrechtmatigheidsgrond aan de zijde van Dexia. De Hoge Raad overweegt dat:

“Dexia in strijd heeft gehandeld met art. 41 NR 1999 en daarmee (niet alleen wegens schending van haar in het arrest [...] /Dexia vermelde zorgplichten, maar) ook op deze grond jegens [eiser] onrechtmatig heeft gehandeld, indien – zoals het hof [eiser] heeft opgedragen om te bewijzen – Spaar Select jegens [eiser] als financieel adviseur is opgetreden en Dexia hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn.”^[37]

De Hoge Raad merkt daarbij nog op dat de consument niet hoeft te bewijzen dat Dexia wist of behoorde te weten dat Spaar Select niet over de benodigde vergunning beschikte. Zodra Dexia wist of behoorde te weten dat Spaar Select ook als beleggingsadviseur handelde, lag het op haar weg om te onderzoeken of Spaar Select daar een vergunning voor had.^[38]

Doordat er een adviserende tussenpersoon bij de transactie betrokken was, hoefde de consument minder snel bedacht te zijn op (niet vermelde) risico's van de effectenlease-overeenkomst, aldus de Hoge Raad.^[39] Het feit dat Dexia in strijd met art. 41 NR 1999 de overeenkomsten gesloten heeft moet haar zwaar worden aangerekend, zo overweegt de Hoge Raad. Dit is van groot belang met betrekking tot de verdeling van de schade.^[40] Bij een situatie zoals in de onderhavige zaken dient volgens de Hoge Raad van de 'hof'-regel afgeweken te worden. De vergoedingsplicht van de aanbieder blijft bij een schending van de waarschuwings- en onderzoeksplicht in een dergelijke situatie geheel in stand. Dexia is daarom aansprakelijk voor alle schade: de restschuld, inleg, rente, kosten en aflossingen. Dit is zelfs zo “*als de mogelijke financiële gevolgen van de leaseovereenkomst geen onaanvaardbaar zware last voor de afnemer vormen*”.^[41]

4.3 Art. 6:76 BW

Zoals gezegd heeft het hof geoordeeld dat Dexia niet op voet van art. 6:76 BW aansprakelijk is voor het ondeugdelijke advies van Spaar Select.^[42] In de zaak ECLI:NL:HR:2016:2012 was door de belegger cassatie ingesteld tegen het oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch op dit punt. De Hoge Raad laat zich echter niet uit over een eventuele aansprakelijkheid van Dexia voor de gedragingen van Spaar Select op grond van art. 6:76 BW.^[43]

5. Commentaar

5.1 Wie draagt welke schade?

Uiteindelijk draait het in deze zaken om het verdelen van de schade die voortvloeit uit (alweer) een effectenlease-overeenkomst ‘gone wrong’. Dat Dexia haar civielrechtelijke bijzondere zorgplicht geschonden heeft, is niet in geschil.^[44] De vraag is wat een acceptabele verdeling van de schade is in het licht van art. 6:101 BW en wat de invloed is van een schending van art. 41 NR 1999 op deze verdeling.

Uit eerdere aandelenlease-jurisprudentie vloeit voort dat zowel consumenten als aanbieders een verantwoordelijkheid hebben en dat zij daardoor allebei een deel van de ontstane schade dienen te dragen. In het licht van de 2009-uitspraken heeft Vranken het over: “... *de vuistregel dat in beginsel alle consumenten van effectenlease-producten zonder meer en altijd een deel van de schade zelf moeten dragen*”.^[45] De gangbare maatstaf, waarbij de consument 1/3 van de schade zelf draagt, drukt dit uit.^[46]

Het Hof 's-Hertogenbosch komt, anders dan Dexia die meent dat de 'hof'-regel toegepast zou moeten worden, tot een 80-20 verdeling. Het hof benadrukt daarbij de grote verantwoordelijkheid van Dexia, maar legt tegelijkertijd nog steeds een deel van de schade bij de consument.^[47] De gekozen verdeelsleutel is van toepassing op de gehele schade, dus restschuld, inleg, rente, kosten en aflossingen. Dit is opvallend omdat de betrokken consumenten van elkaar verschilden in hun ex-ante inkomens- en vermogenspositie.^[48] Daarover later meer.

De Hoge Raad ging nog verder dan het Hof 's-Hertogenbosch en bracht de eigen verantwoordelijkheid van de consumenten

terug tot nul. Het werd Dexia zwaar aangerekend dat zij (veronderstellenderwijs^[49]) wist of behoorde te weten dat zij in strijd met art. 41 NR 1999 klanten accepteerde van een zonder vergunning adviserende cliëntenremisier. Een schending van deze publiekrechtelijke weigeringsplicht wordt als verzwarende omstandigheid voor Dexia gezien. De Hoge Raad laat daarmee de eigen verantwoordelijkheid los die de consument in eerdere jurisprudentie steevast had. De beslissing van de Hoge Raad roept bij ons twee vragen op, waarover wij ons hierna zullen buigen:

- Is de aanpak van de Hoge Raad, waarbij de schending van art. 41 NR 1999 een rol speelt bij de schadeverdeling ex art. 6:101 BW en waarbij Dexia vervolgens voor *alle* schade (restschuld, inleg, rente, kosten en aflossingen) aansprakelijk is, begrijpelijk?
- Waarom laat de Hoge Raad zich niet uit over art. 6:76 BW?

5.2 Samenlopende zorgplichten

De Hoge Raad geeft aan dat Dexia door het schenden van art. 41 NR 1999 onrechtmatig handelde jegens de consumenten.^[50] Daarbij gebruikt de Hoge Raad de woorden “(extra) onrechtmatigheidsgrond”.^[51] De term ‘extra’ heeft betrekking op het feit dat er reeds een andere onrechtmatigheidsgrond was, te weten de schending van de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht (waarschuwings- en onderzoeksplicht) die volgt uit de uitspraken van de Hoge Raad van 5 juni 2009.^[52] De Hoge Raad merkt verder op dat schending van art. 41 NR 1999 ‘des te ernstiger is’ omdat de consument vanwege de rol van de adviserende tussenpersoon zelf minder alert hoefde te zijn dan een consument die zich rechtstreeks tot een aanbieder zou hebben gewend.^[53] Dit kan verklaren waarom de Hoge Raad meent dat er in een dergelijk geval geen ruimte is voor eigen schuld aan de zijde van de consument.

De schending van art. 41 NR 1999 wordt vervolgens door de Hoge Raad gebruikt als gezichtspunt bij de verdeling van de schade die is ontstaan door Dexia's schending van haar civielrechtelijke bijzondere zorgplicht (waarschuwings- en onderzoeksplicht). Door de schending van art. 41 NR 1999 is er geen ruimte meer voor eigen schuld aan de zijde van de consument. Let wel, het gaat hier dus nog steeds om schade die voortvloeit uit de schending van de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht van Dexia. Het gaat niet om schade voortvloeiend uit een zelfstandige (tweede) onrechtmatige daad gebaseerd op een schending van art. 41 NR 1999.

De vraag is of deze aanpak rechtvaardigt dat Dexia in deze zaken aansprakelijk werd gehouden voor *alle* schade. In één van deze zaken was de aandelenlease-overeenkomst voor de consument een onaanvaardbaar zware last gelet op zijn financiële situatie, in de andere zaak was dit niet het geval.^[54] Toch is Dexia ook in het laatste geval voor alle schade (restschuld, inleg, rente, kosten en aflossingen) aansprakelijk en niet alleen voor de restschuld. De financiële uitgangspositie van de consumenten lijkt dan ook geen rol meer te spelen bij de aansprakelijkheid van Dexia.

Het feit dat de uitkomst in beide zaken identiek is, ondanks een afwijkende financiële uitgangspositie, is opmerkelijk omdat de schending van Dexia's bijzondere zorgplicht (waarschuwings- en onderzoeksplicht) de schadeveroorzakende handeling is. In de eerdere Dexia-jurisprudentie over deze bijzonder zorgplicht speelde de financiële beginpositie van de consument steevast een rol. Hierdoor is de zorgplichtschending in beide zaken niet dezelfde. De ene (niet financieel draagkrachtige) consument had 1) gewaarschuwd moeten worden voor het risico op een restschuld én 2) vanwege zijn financiële positie afgeraden moeten worden de overeenkomst aan te gaan. Bij een schending van deze zorgplichten is Dexia in principe voor 2/3 van *alle schade* (restschuld, inleg, rente, kosten en aflossingen) aansprakelijk. Door het op nul stellen van de eigen schuld van de consument komt de volledige schade in dergelijke gevallen inderdaad voor rekening van Dexia. Dit ligt echter anders bij een financieel (voldoende) draagkrachtige consument. Een dergelijke consument had namelijk alleen gewaarschuwd moeten worden voor het risico op een restschuld. Bij een schending van deze waarschuwplicht komt slechts 2/3 van de *schade door de restschuld* voor vergoeding in aanmerking. Het op nul stellen van de eigen schuld kan bij een financieel draagkrachtige consument dan ook alleen leiden tot volledige vergoeding van de *restschuld* en niet van *alle* schade (restschuld, inleg, rente, kosten en aflossingen).

Een interessante vraag is daarom waarom de Hoge Raad zijn oordeel niet exclusief op art. 41 NR 1999 heeft gebaseerd: dus als onrechtmatigheidsgrond die geheel los staat van Dexia's bijzondere zorgplicht (waarschuwings- en onderzoeksplicht). Die aanpak had juridisch meer hout gesneden. Gelet op het beschermende karakter van art. 41 NR 1999 en het vertrouwen dat de consument in tussenpersoon Spaar Select mocht hebben, is goed verdedigbaar dat er bij een schending van art. 41 NR 1999 voor eigen schuld geen plaats is. Dat *alle* schade (restschuld, inleg, rente, kosten en aflossingen) dan voor rekening van Dexia komt, is eveneens begrijpelijk. De onrechtmatigheidsgrond is dan immers het overtreden van een publiekrechtelijke weigeringsplicht en niet langer de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht die wel onderscheid maakt in de te vergoeden schadeposten naar gelang de financiële uitgangspositie van de consument.

Volledigheidshalve moet wel gezegd worden dat de consumenten het beroep op art. 41 NR 1999 slechts hebben gedaan in het licht van de verdeling van de schade die voortvloeide uit Dexia's schending van haar bijzondere civielrechtelijke zorgplicht (waarschuwings- en onderzoeksplicht). Dit verklaart mogelijk waarom de Hoge Raad zich genoodzaakt zag de schending van art. 41 NR 1999 als factor mee te wegen in de schadeverdeling op voet van art. 6:101 BW. Niettemin is de gekozen aanpak niet fraai. De intrede van een zonder vergunning opererende tussenpersoon maakt blijkbaar dat de Hoge

Raad de financiële uitgangspositie van de consument, en daarmee het onderscheid tussen de waarschuwingsplicht en de onderzoeksplicht, in dit soort gevallen geheel loslaat. Rechtvaardigt de intrede van een zonder vergunning opererende tussenpersoon een radicale breuk met eerdere Dexia-jurisprudentie over de waarschuwings- en onderzoeksplicht?^[55] Ons inziens had het beoogde resultaat - 100% aansprakelijkheid van Dexia voor alle schade, ongeacht de financiële uitgangspositie van de consument - beter bereikt kunnen worden door Dexia's aansprakelijkheid geheel op art. 41 NR 1999 te baseren. Dit had een onlogische uitspraak en een onbegrijpelijke breuk met eerdere Dexia-jurisprudentie kunnen voorkomen, terwijl het evengoed de nodige duidelijkheid had gebracht voor de vele nog lopende effectenlease-zaken.

5.3 Het BW buitenspel gezet?

Zoals gezegd laat de Hoge Raad zich niet uit over de aansprakelijkheid van Dexia op voet van art. 6:76 BW, hoewel hier wel een middel tegen was gericht. De Hoge Raad heeft het beroep op art. 6:76 BW noch gehonoreerd, noch afgewezen, noch afgedaan op grond van art. 81 RO. Hoewel de zaak op zichzelf kon worden afgedaan op de schending van art. 41 NR 1999, menen wij dat dit toch een gemiste kans is.

Er is grote rechtsonzekerheid over de vraag of art. 6:76 BW opdrachtgevers aansprakelijk maakt voor tussenpersonen die worden ingeschakeld bij de uitvoering van precontractuele werkzaamheden.^[56] Zo overwoog het Hof Amsterdam in 2007 nog dat Dexia op grond van art. 6:76 BW aansprakelijk is voor fouten van Spaar Select.^[57] Inmiddels meent het Hof Amsterdam, net als het Hof 's-Hertogenbosch, dat art. 6:76 BW slechts ziet op de contractuele fase en dus niet op tussenpersonen die opereren in de precontractuele fase.^[58] Andere rechters passen art. 6:76 BW wel toe op dit soort tussenpersonen.^[59] Daar is ons inziens meer voor te zeggen, omdat onderhandelende partijen zich anders gemakkelijk van hun precontractuele plichten zouden kunnen kwijten. Dit werkt misbruik van tussenpersonen in de hand. In de literatuur is daarom al door verschillende schrijvers betoogd dat opdrachtgevers ook aansprakelijk moeten zijn voor tussenpersonen in de precontractuele fase.^[60]

De onderhavige zaken waren een uitgelezen kans voor de Hoge Raad om zich over deze kwestie uit te laten, maar hiervan wordt geen gebruik gemaakt. Anders dan de Hoge Raad, gaat A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie wel in op de vraag of Dexia op voet van art. 6:76 BW aansprakelijk is voor de gedragingen (het onjuiste advies) van Spaar Select.^[61] De A-G noemt daarbij de discussie in de literatuur, maar komt uiteindelijk tot de conclusie dat Dexia niet aansprakelijk is op grond van art. 6:76 BW. Opvallend is dat de A-G wel meent dat art. 6:76 BW ook ziet op uitbesteding van precontractuele plichten aan tussenpersonen. Volgens de A-G is in dit geval echter niet voldaan aan het vereiste dat de derde door de aspirant-contractspartij is ingeschakeld bij de uitvoering van op haar rustende verbintenissen. Spaar Select zou als onafhankelijk adviseur hebben opgetreden en daarmee niet als hulppersoon van Dexia, op wie overigens ook geen verplichting rustte om toekomstige beleggers van beleggingsadvies te voorzien.^[62]

Gelet op de banden tussen Spaar Select en Dexia leidt deze aanpak ons inziens tot een onbevredigend resultaat. De grootste omzetcomponent van Spaar Select was de verkoop van aandelenleaseproducten van Bank Labouchere, de voorganger van Dexia. Voor haar werkzaamheden ontving Spaar Select van Bank Labouchere (c.q. Dexia) provisie. De medewerkers van Spaar Select kregen daarbij onder meer commerciële ondersteuning en werden getraind door Bank Labouchere (c.q. Dexia) en maakten gebruik van diens brochures. In die brochures werden de medewerkers van Spaar Select als adviseur omschreven en zij presenteerden zichzelf ook als zodanig.^[63] De Rechtbank Rotterdam kwam bijvoorbeeld in het kader van art. 6:76 BW op grond van deze feitelijke banden tussen Dexia en Spaar Select juist tot de conclusie dat Spaar Select in wezen niet anders is "dan een tussenpersoon en adviseur waarvan Dexia zich bediende"^[64]

Gelet op alle onduidelijkheid over de toepassing van art. 6:76 BW op tussenpersonen in de precontractuele fase, is het jammer dat de Hoge Raad zich hier niet over heeft willen uitlaten. Zeker omdat het hier om een proefprocedure gaat, was duidelijkheid op dit punt wenselijk geweest.

6. Afsluiting

Beide uitspraken kunnen gezien worden als een versterking van de positie van de consument. Ook scheppen ze de nodige duidelijkheid over de schadeverdeelsleutel die kan worden aangehouden in de vele nog lopende effectenlease-zaken indien blijkt dat Dexia in strijd heeft gehandeld met art. 41 NR 1999. Aan de andere kant had de Hoge Raad meer met deze zaken kunnen doen. Ten eerste was er de uitgelezen kans om zich uit te spreken over de toepasselijkheid van art. 6:76 BW in de precontractuele fase. Ten tweede had de Hoge Raad zijn beslissing over het marginaliseren van de eigen verantwoordelijkheid van de consument beter kunnen uitleggen. Bij dit laatste punt lijkt de Hoge Raad op twee gedachten te hinken. De Hoge Raad wil enerzijds vasthouden aan de schending van de bijzondere zorgplicht (waarschuwings- en onderzoeksplicht) als schadeveroorzakende gebeurtenis. Anderzijds wordt, vanwege de schending van art. 41 NR 1999, een essentiële factor binnen die bijzondere zorgplicht (namelijk: de financiële positie van de consument) volledig losgelaten. De gekozen route komt daarmee enigszins gekunsteld over. Aangezien precedentwerking was beoogd, had een uitgebreidere toelichting – of liever nog: een andere aanpak – hier niet misstaan.

Voetnoten

[1]

Citeerwijze: A. de Vries-Stotijn & J.J.A. Braspenning, 'Aandelenlease: Dexia volledig aansprakelijk vanwege tussenpersoon', *NTBR* 2017/3, afl. 1. Mw. mr. Anne de Vries-Stotijn en dhr. mr. Jurgen Braspenning zijn verbonden aan het Departement Privaatrecht van de Universiteit van Tilburg.

[2]

Zie uitgebreid over de achtergrond van de aandelenlease-affaire: HR 5 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*) (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, par. 2.10).

[3]

Voor een schematisch overzicht van de regeling: www.dexialease.nl/tds_images/brochure_duisenberg_inlegvel.pdf.

[4]

Gerechtshof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten.

[5]

HR 5 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*) (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, par. 2.16).

[6]

HR 5 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009 ECLI:NL:HR:2009:BJ2822, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting GeSp/Aegon*). Zie over deze arresten onder meer: A.C.W. Pijls, 'Schade effectenlease-overeenkomsten deels vergoed', *MvV* 2009, afl. 10, p. 250-262; C.E. du Perron, 'Effectenlease. The saga continues', *TOP* 2010, afl. 2, p. 60-66.

[7]

HR 5 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.2.1.

[8]

HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/Bolle*), r.o. 3.3 en 4.9.2.

[9]

Zie onder meer: Gerechtshof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978, *JOR* 2010/66, m.nt. C.W.M. Lieveerse, r.o. 4.19 e.v. Deze 'hof'-regel is bekrachtigd door de Hoge Raad in HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, *JOR* 2011/190, m.nt. Lieveerse en HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4003, *NJ* 2013/41, m.nt. J.B.M. Vranken. Hierover onder meer: Y.A. Wehrmeijer, 'Verdere duidelijkheid over afwikkeling van effectenleaseovereenkomsten: de wijze waarop Hof Amsterdam omgaan met de richtinggevende oordelen van de Hoge Raad', *MvV* 2010, afl. 2, p. 1-10.

[10]

HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837; *NJ* 2009, 578, m.nt. Jac. Hijma. Zie ook HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198; *NJ* 2015/425, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, waarin bepaald werd dat de aanbieder wettelijke rente verschuldigd is vanaf het moment van inleg door de consument.

[11]

Gerechtshof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4982, r.o. 4.7-4.8.

[12]

HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, *NJ* 2014/176, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*x/NBG Finance*).

[13]

HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, *NJ* 2014/176, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*x/NBG Finance*), r.o. 3.4.2.

[14]

Zie bijvoorbeeld: 'Laatste twee kantoren Spaar Select failliet', *De Volkskrant* 25 augustus 2004.

[15]

Art. 1 onder b Wte 1995 definieert de effectenbemiddelaar als: "*degene die als tussenpersoon, anders dan op grond van een overeenkomst als bedoeld onder c, beroeps- of bedrijfsmatig werkzaam is bij de totstandkoming van transacties in effecten*".

[16]

In 2007 is de Wte ingetrokken en kwam de Wet financieel toezicht daarvoor in de plaats.

[17]

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, r.o. 4.12.1 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1736, r.o. 4.10.1.

[18]

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, r.o. 4.16.15 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014,

ECLI:NL:GHSHE:2014:1736, r.o. 4.14.12.

[19]

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, r.o. 4.16.17-19 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1736, r.o. 4.14.14-15.

[20]

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, r.o. 4.16.26 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1736, r.o. 4.14.22.

[21]

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, r.o. 4.14.1-4.14.2 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1736, r.o. 4.12.1-4.12.2. In deze uitspraken worden overigens ook nog andere gronden voor Dexia's aansprakelijkheid voor Spaar Select besproken, waaronder de risicoaansprakelijkheden van art. 6:171-172. Aangezien deze gronden in cassatie niet meer aan de orde zijn worden zij in dit artikel verder niet besproken.

[22]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.3.

[23]

Zie HR 2 september 2016 in beide HR-uitspraken r.o. 3.2.1.

[24]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.8. Het ging daarbij in het bijzonder om de vraag of Dexia in strijd handelde met art. 28 en 33 van de NR 1999 en of er sprake was van een gebrekkig beleggingsproduct.

[25]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 4.1.

[26]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, r.o. 3.8.3 en HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 4.6.3.

[27]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, r.o. 3.8.2 en HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 4.6.2.

[28]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, r.o. 3.8.2 en HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 4.6.2.

[29]

Stcr. 1995, 250.

[30]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, r.o. 3.8.2 en HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 4.6.2.

[31]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, r.o. 3.8.3 en HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 4.6.3.

[32]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, r.o. 3.9 en HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 4.7.

[33]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, r.o. 3.8.4 en HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 4.6.4.

[34]

Het betreft onderdeel 5 in HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, r.o. 3.17 en onderdeel 3c in HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 4.14-15.

[35]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.2.

[36]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.4.

[37]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.6.1

[38]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.6.1.

[39]

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.6.2.

[\[40\]](#)

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.6.3.

[\[41\]](#)

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.7 en 6.2.3. Zie ook: HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015, r.o. 3.17.

[\[42\]](#)

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014 ECLI:NL:GHSHE:2014:1736 (*Dexia/X*), r.o. 4.12.1-4.12.2.

[\[43\]](#)

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.8: "*Middel 4 behoeft geen behandeling*".

[\[44\]](#)

Zie HR 2 september 2016 in beide uitspraken r.o. 3.2.1.

[\[45\]](#)

HR 5 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (De Treek/Dexia), onder 14.

[\[46\]](#)

Zie bespreking Dexia-jurisprudentie hierboven onder 2.1.

[\[47\]](#)

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, r.o. 4.16.26 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1736, r.o. 4.14.22.

[\[48\]](#)

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, r.o. 4.9.5-4.9.6 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1736, r.o. 4.7.5-4.7.6.

[\[49\]](#)

Dit zal nog bewezen moeten worden in een vervolgpcedure bij het Hof 's-Hertogenbosch.

[\[50\]](#)

De wisselwerking tussen het publiek- en privaatrecht in het licht van civielrechtelijke zorgplichten behandelen wij hier niet. Voor meer hierover, zie bijvoorbeeld: O.O. Cherednychenko, 'Verboden rechtshandelingen in het financiële bestuursrecht in civielrechtelijk perspectief', *MvV* 2014, afl. 7/8, p. 181-187.

[\[51\]](#)

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.6.2.

[\[52\]](#)

Zie paragraaf 2.1 hierboven over deze privaatrechtelijke zorgplichten.

[\[53\]](#)

HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 5.6.2.

[\[54\]](#)

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, r.o. 4.9.5-4.9.6 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1736, r.o. 4.7.5-4.7.6.

[\[55\]](#)

Lieverse stelt deze vraag ook in haar noot bij HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, *JOR* 2016/274, m.nt. C.W.M. Lieverse, onder 8.

[\[56\]](#)

Hierover uitgebreid: A. de Vries-Stotijn, 'Art. 6:76 BW: aansprakelijkheid voor tussenpersonen in de precontractuele fase', *WPNR* 2016/7093.

[\[57\]](#)

Gerechtshof Amsterdam 6 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB9552, r.o. 4.19.

[\[58\]](#)

Onder meer: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2077, r.o. 4.14.3; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, *JOR* 2014/240, m.nt. Arons, r.o. 4.14.2; Gerechtshof Amsterdam 20 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4081, r.o. 3.5-3.6; Gerechtshof Amsterdam 1 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1136, r.o. 3.13.

[\[59\]](#)

Rechtbank Rotterdam 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10867, r.o. 2.3 & 6.5; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3758, r.o. 6.14.2 (oordeel van de Kantonrechter Tilburg over de toepasselijkheid van art. 6:76 BW stond inmiddels in rechte vast); Gerechtshof Den Haag 13 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2163, r.o. 8-12 (hier werd de onderhandelingsfase echter beheerst door een ondertekende hypotheekofferte).

[\[60\]](#)

F.H.J. Mijnsen, *Fouten van hulppersonen in contractuele en pre-contractuele verhoudingen*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1978, p. 51-55; R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001, p. 23; M. van Laarhoven, 'Aansprakelijkheid voor het verschaffen van onjuiste informatie in een precontractuele verhouding', *WPNR* 2002/6484, p. 293; A. de Vries-Stotijn, 'Art. 6:76 BW: aansprakelijkheid voor tussenpersonen in de precontractuele fase', *WPNR* 2016/7093.

[61]

Zie punt 6.15-6.17 van haar conclusie ECLI:NL:PHR:2016:35.

[62]

De AG verwijst hierbij naar R.S. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 328 en F.M.A. 't Hart & C.E. Du Perron, *De geïnformeerde consument*, Deventer: Kluwer 2006, p. 93-94.

[63]

Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1736, r.o. 4.11.2 en 4.11.5. Deze werkwijze wordt eveneens nauwkeurig beschreven door Spaar Select's voormalige directeur in: Rechtbank Rotterdam 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10867, r.o. 1.8.

[64]

Rechtbank Rotterdam 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10867, r.o. 6.5.