

Ad Rem

Kunnen bijzondere bancaire zorgplichten worden weggecontracteerd?

Prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem en mr. dr. D.P.C.M. Hellegers*

1. Inleiding

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is ten aanzien van bancaire instellingen een bijzondere zorgplicht¹ vastgesteld, een normenkader dat bij schending (voor de bank) negatieve gevolgen in het leven kan roepen.² De vraag dient zich bij ons aan of de contractuele relatie waarin een bank met een wederpartij (cliënt) staat, inkleurend is voor de vaststelling van dat normenkader en of dit contractueel gereguleerd kan worden. En – meer precies – of *schending* van dat normenkader contractueel gereguleerd kan worden. Met andere woorden: kunnen de gevolgen van een schending van deze ‘bijzondere zorgplicht’ door een bank, door middel van een exoneratie, worden gereguleerd of zelfs worden geneutraliseerd? Hierna geven wij een voorbeeld van daarover gemaakte contractuele afspraken.

Artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden 2017 (ABV) luidt: ‘Wij hebben een zorgplicht. U bent ook

zorgvuldig tegenover ons en u mag van onze dienstverlening geen misbruik maken.’ Wij vragen ons in deze *Ad rem* af hoe deze bepaling zich verhoudt tot de hiervoor bedoelde ‘bijzondere zorgplicht’ van de bank, en hoe de bepaling gelezen moet worden in haar verhouding tot bijvoorbeeld de navolgende exoneratie, zoals die in de algemene voorwaarden van een van de grote banken met betrekking tot betaaldiensten is opgenomen.

‘Naast de aansprakelijkheid zoals vermeld in de artikelen hierboven, is (De Bank) alleen aansprakelijk voor de directe schade. Directe schade houdt in:

- De kosten die De Bank u voor de betaling heeft berekend.
- De rente die u bij De Bank bent misgelopen.
- De rente die u bij de Bank moet betalen omdat wij de betaalopdracht niet goed hebben uitgevoerd. De Bank is niet aansprakelijk voor indirecte schade (zoals gederfde winst of gevolgschade).’

Het valt ons op dat in de rechtspraak over zorgplichten van banken de houdbaarheid van exoneraties veelal niet ter discussie is gesteld. In deze bijdrage geven wij onze visie op de houdbaarheid van de contractuele invulling van de (bancaire) zorgplicht in contractuele verhoudingen. Wij gaan niet in op de vraag *wanneer* sprake is van schending van een bijzondere bancaire zorgplicht, maar ‘zoomen in’ op de gevolgen daarvan, in die gevallen dat de wederpartij een consument is.³

* Prof. mr. T.H.M. van Wechem is hoogleraar Corporate Legal Counseling aan de Open Universiteit en zelfstandig juridisch adviseur Mr. dr. D.P.C.M. Hellegers is universitair docent Privaatrecht aan de Open Universiteit, onderzoeker bij het Amsterdam Centre for Insurance Studies van de UvA en bindend adviseur bij de Geschillencommissie Kifid en bij De Geschillencommissie (waaronder als voorzitter van de Geschillencommissie Energie).

1 Zie voor een overzicht en vindplaatsen: HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276 (Promontoria).

2 In deze bijdrage gaan wij niet in op de verhouding van de gedragsregels die uit MiFID I en MiFID II (De Markets in Financial Instruments Directive) kunnen voortvloeien ten opzichte van die in het civiele recht. Zie hierover: O.O. Cherednychenko, De civiele zorgplicht van financiële instellingen, in: D. Busch, K. Lieverse & J.W. van der Velden (red.), Leerboek financieel recht, Ars Aequi Libri 2021, p. 10.

3 Ontwikkelingen – in het bijzonder op het niveau van het Europese Hof van Justitie – ten aanzien van de invulling van het consumentencriterium dienen goed in de gaten te worden gehouden. Recente ontwikkelingen laten bijv. zien dat ook civielrechtelijke vennootschappen onder het begrip consument te brengen zijn. Zie HvJ EU 8 juni 2023, C-570/21, ECLI:EU:

2. Bijzondere zorgplicht en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid.

Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (artikel 6:248 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW)). Uit deze eisen van redelijkheid en billijkheid vloeit voort, zo heeft de Hoge Raad in 1997 voor het eerst beslist⁴ en de afgelopen jaren regelmatig herhaald,⁵ dat een bank als een bij uitstek professionele en deskundige dienstverlener jegens particuliere, niet professionele, cliënten tot een zorgplicht gehouden is. Voorts wordt als regel aangenomen dat wetsbepalingen van aanvullend recht, een gewoonte of de redelijkheid en billijkheid slechts verbintenissen doen ontstaan voor zover partijen hun rechtsverhouding niet volledig hebben geregeld.⁶ Het voorgaande zou in theorie betekenen dat er geen ruimte is voor een op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid gebaseerde bijzondere bancaire zorgplicht in het geval de bank zijn rechtsverhouding met particuliere, niet professionele, cliënten volledig zou hebben geregeld. Zelfs bij afwezigheid van een regeling zou de zorgplicht als een invulling van artikel 7:401 BW kunnen worden aangemerkt in de gevallen waarbij de rechtsrelatie tussen de bank en zijn client als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) kan worden aangemerkt: in het kort het verrichten van werkzaamheden buiten dienstbetrekking.

Uit een arrest van de Hoge Raad van 10 juli 2020 (Promotoria)⁷ valt echter te leren dat *naast* artikel 6:248 lid 1 BW (en artikel 7:401 BW) de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt.

De Hoge Raad overweegt in dat arrest:

‘2.9.1 Een van de zorgplichten van een bank jegens haar cliënt is neergelegd in art. 2 van de ABV, die doorgaans van toepassing zijn op de door hen gesloten overeenkomst. Daarnaast kunnen uit verschillende wettelijke bepalingen die deze overeenkomst be-

C:2023:456. Zie over de invulling van het begrip consument ook HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800.

4 HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192, m.nt. C.J. van Zeven (Rabobank Graftdijk-De Rijp/Everaars).

5 Zie o.a. HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:AC2686, NJ 1998/660, m.nt. C.J. van Zeven (Van de Klundert/Rabobank Sprundel-Sint Willebrord); HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103, m.nt. C.E. du Perron, *Ars Aequi* 2003, p. 929-937, m.nt. T. Hartlief, *JOR* 2003/199, m.nt. K. Frielink ([...]/Rabobank Schaijk-Reek); HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. M.R. Mok, *AV&S* 2006/26, m.nt. S.B. van Baalen, *JA* 2006/40, m.nt. E.J.A.M. van den Akker en N. Frenk (Safe Haven). Zie ook D. Busch, *De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector*, *NJB* 2020/424.

6 Zie o.a. Asser/Sieburgh 6-III 2022/388, ECLI:NL:PHR:2013:BZ3749, onder 3.5; HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749; T.H.M. van Wechem & M. Wallart, *Aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid: waar liggen de grenzen?*, *VrA* 2005/2, p. 75; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 194.

7 HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276 (Promotoria), r.o. 2.9.2.

heersen, voor een bank jegens haar cliënt verplichtingen voortvloeien, bijvoorbeeld uit art. 6:248 lid 1 BW en (afhankelijk van de rechtsverhouding tussen de bank en de cliënt) art. 7:401 BW. 2.9.2 De maatschappelijke functie van banken brengt *daarnaast*⁸ een bijzondere zorgplicht mee. Het kan daarbij onder meer gaan om onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingplichten.(...)’ (cursive-ring EvW/DH)

Het gaat bij deze bijzondere zorgplicht dus onder meer om onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingplichten, aldus de Hoge Raad. Of de rechtsgrond van die bijzondere zorgplicht ook uit artikel 6:248 lid 1 BW volgt, valt wat ons betreft echter te bezien om de volgende redenen.

Ten eerste manifesteren de betreffende schendingen van de bijzondere zorgplicht zich veelal in de voorfase van de contractsluiting, en de Hoge Raad expliciteert in r.o. 2.9.1 duidelijk dat de werking van artikel 2 ABV, artikel 6:248 lid 1 BW en – voor zover van toepassing – artikel 7:401 BW zich uitstrekken tot de tussen hen gesloten overeenkomst. In die voorfase is de overeenkomst nog niet gesloten, hetgeen de directe werking van beide wetsbepalingen bemoeilijkt. Ten tweede spreekt de Hoge Raad in r.o. 2.9.2 van het hiervoor weergegeven arrest over ‘zorgplicht’, welke plicht⁹ – wellicht – juist een relatie met artikel 6:162 BW impliceert.

3. Voorfase

Zoals hiervoor aangegeven, expliciteert de Hoge Raad de bijzondere zorgplichten klaarblijkelijk als onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingplichten. Zoals zojuist al aangestipt, bevinden deze normen zich veelal in de voorfase van het contracteerproces. Het maken van een onderscheid in het ‘voorportaal’ is onzes inziens dan noodzakelijk om het normenkader dat wordt geschonden in een ‘tijdsframe’ te duiden. Kort gezegd: welke norm wordt *wanneer* geschonden en was er op het moment van schending al een contractuele relatie? Of dient de schending te worden geplaatst in het leerstuk van de wilsgebreken?¹⁰ Of betreft een dergelijk schending in de voorfase van het contract de schending van een meer (precontractuele) generieke verbintenis¹¹ zo-

8 Vgl. M. van der Beek & H.J.Th. Kolstee, *Bancaire zorgplicht versus contractsvrijheid*, *MvV* 2022, p. 215, die – onder verwijzing naar HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2376, NJ 1998/192, m.nt. Van Zeven (Rabobank/Everaars) – menen dat de bijzondere zorgplicht zijn oorsprong vindt in art. 6:248 lid 1 BW. Dat laatste lezen wij echter niet in het arrest.

9 Waarvan onzes inziens geen nakoming kan worden gevorderd.

10 Vgl. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (prejudiciële vragen inzake renteswaps).

11 HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris-Riezenkamp): ‘dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’.

als artikel 6:2 lid BW?¹² Of wordt een dergelijke schending gebaseerd op artikel 6:162 BW?¹³ In de als eerste genoemde gevallen, de wilsgebreken, staat immers de wil tot het aangaan van het specifieke contract centraal en minder *de schending* van een verbintenis door een van de partijen.

Overigens merken wij wel op dat in een reeds bestaande bancaire relatie – waarbij de cliënt bijvoorbeeld een overeenkomst aangaat ten aanzien van een nieuw (betaal)product – het onderscheid of een reeds bestaande verbintenis dan wel een verbintenis in de voorfase van de rechtsverhouding wordt geschonden, zeer lastig te maken kan zijn.¹⁴ De raamverhouding tussen de bank en de cliënt wordt in een dergelijk geval immers al ingekleurd door artikel 2 ABV, welke voorwaarden onmiddellijk op de rechtsverhouding én de toekomstige rechtsverhoudingen van toepassing worden verklaard. De vraag kan daarom worden gesteld of het normenkader waaraan de bank zich dient te conformeren dan al niet tussen partijen contractueel is komen vast te staan en daarmee ook van toepassing is op het sluiten van nadere overeenkomsten ten aanzien van nieuwe (bank) producten.¹⁵ Maakt dat uit? Onzes inziens maakt dat uit ten aanzien van de vraag *welke* schending de teleurgestelde partij aan haar eis ten grondslag legt en het verweer dat daartegen wordt gevoerd. In het Arcadis-arrest,¹⁶ waarin werd geklaagd dat het hof de regels van het recht op schadevergoeding bij het afbreken van onderhandelingen in zijn arrest had genegeerd, oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld het volgende:

‘Kennelijk heeft het hof deze gedachtegang niet gevolgd omdat het van oordeel was dat er in de verhouding tussen DLO enerzijds en [eiseres 1], Arcadis en BSP C.V. anderzijds geen sprake was van enige precontractuele fase, nu de onderhandelingen tussen partijen, die naar het hof heeft vastgesteld voortvloeiden uit een daartoe in art. 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst opgenomen verplichting, betrekking hadden op een wijziging van de bestaande contractuele verhoudingen (samenwerkingsovereenkomst en de samenwerking in BSP C.V.).’

Kortom, de normschending zat er niet in dat de regels van de precontractuele fase waren geschonden, maar

12 Vgl. Schelhaas, Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5) 2017/9.

13 HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503: ‘(...) dat echter van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarsituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, in het algemeen ook voor volwassenen alleen sprake kan zijn, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet’. Vgl. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (Ponzi-zwandel).

14 En waarbij de schending van de precontractuele verbintenis dan ook doorwerkt in de daaropvolgende contractuele verhouding.

15 In die gevallen zou wellicht de normschending van de bijzondere zorgplichten samenvallen met de ‘contractuele normschending’ van die van art. 2 ABV.

16 HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5612 (Arcadis).

die van een eerder gemaakte (overkoepelende) afspraak. Nu de Hoge Raad in het voornoemde Promontoria-arrest de onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingsplichten – zoals wij het zien – zo duidelijk *naast* artikel 2 ABV plaatst, menen wij dat deze normen (de onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingsplichten) zich toch meer in het precontractuele domein¹⁷ bevinden dan in het contractuele domein waartoe artikel 2 ABV zich uitstrekt, óók in die gevallen waarbij sprake is van een overkoepelende raamverhouding die gereguleerd wordt door deze Algemene Bankvoorwaarden 2017. Wij gaan dan ook (gemakshalve) van die presumptie uit.¹⁸

De omstandigheid dat de bedoelde bijzondere zorgplicht zich met name in de precontractuele fase bevindt kan, zoals wij het zien, munitie bieden voor de stelling dat deze bijzondere bancaire zorgplicht zich niet zonder meer laat wegcontracteren, omdat er in die voorfase nog geen echte contractuele binding bestaat. Ook kan volgens ons worden verdedigd dat in een dergelijk geval de betreffende aansprakelijkheidsbeperking niet op voorhand kan worden uitgelegd als ware dat deze ook zou zien op de schending van dergelijke precontractuele normen. Hierop zal verderop in dit artikel (in paragraaf 5) nader worden ingegaan.

4. Gevolgen van schending van verbintenissen in de voorfase

Wanneer van een normschending in de voorfase van de contractsluiting zou worden uitgegaan, zou moeten worden vastgesteld waarop de vordering tot schadevergoeding wegens schending daarvan dan wordt gebaseerd en welke causaliteitsvragen hierbij van belang zijn voor de vestiging van aansprakelijkheid en de dienaangaande toe te rekenen schadeposten.¹⁹ Wij menen dat dit dan wel zou meebrengen dat vorderingen van de teleurgestelde partij gebaseerd zouden moeten worden op een van de wilsgebreken, of op een schending van de specifieke precontractuele norm.²⁰

Bij dwaling is dan ruimte voor eventuele toepassing van het leerstuk van nadeelscompensatie²¹ (artikel 6:230 lid 2 BW). Ook kan in dat geval een vordering op *schadevergoeding* gebaseerd worden, maar dan over de boeg

17 Hoewel wij het ook weer wel mogelijk achten dat dat deze plichten een rol spelen in het contractuele domein én in het precontractuele domein.

18 Vgl. echter Beenders en Valk, die stellen dat het feit dat partijen reeds in de precontractuele fase in een rechtsverhouding tot elkaar staan ook betekent dat zij deze rechtsverhouding contractueel kunnen vormgeven. D.J. Beenders & J.J. Valk, Verrassingen voorkomen bij commercieel contracteren, MvV 2021/7-8, p. 249.

19 Vgl. M. Haentjes, Tussen contractdwang en beëindigingsplicht. De bank en haar contractvrijheid in het samenspel van publiek- en privaatrecht, RM Themis 2023, p. 229 (rechterkolom).

20 Wij staan ook open voor de gedachte dat de normschending zich kan voordoen in het leerstuk van oneerlijke handelspraktijken als bedoeld in art. 6:193a BW.

21 Zie hierover recent HR 13 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1429.

van de onrechtmatige daad.²² Let wel, een vordering tot nadeelscompensatie is niet gelijk te stellen met een vordering tot schadevergoeding.²³ Wanneer géén dwaling aan de schending ten grondslag wordt gelegd, maar wel schending van een bijzondere zorgplicht, dan zou schadevergoeding ook rechtstreeks op onrechtmatige daad gebaseerd kunnen worden, of op grond van de eisen van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze laatste route van de weg naar schadevergoeding via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is technisch mogelijk – getuige het oude arrest Cattier Waander van de Hoge Raad²⁴ –, maar is een route die nog maar weinig²⁵ wordt belopen.²⁶

In alle hiervoor genoemde gevallen is de rechtsgrond voor vordering tot schadevergoeding er niet een die is gebaseerd is op schending van *de overeenkomst*. Datzelfde zou dan gelden wanneer de normschending op de redelijkheid en billijkheid wordt gebaseerd. De redelijkheid en billijkheid zou dan de rechtsgrond zijn.

Waarom is dat van belang? Dat is met name van belang in het kader van de vaststelling van de gevolgen van de normschending en de wijze waarop de daaruit voortvloeiende schade – op grond van het *conditio sine qua non* verband – dient te worden begroot. Wanneer hierbij voor de toerekening van schadeposten bijvoorbeeld de tekst van artikel 6:98 BW wordt gezien, dan valt op dat bij toerekening van schadeposten belang wordt gehecht aan *de aard* van de aansprakelijkheid.²⁷ Het kan onzes inziens – voor zover het de schadebegroting betreft – uitmaken op welke *rechtsgrond* de aansprakelijkheid is gebaseerd. Ter illustratie wijzen wij op een arrest van de Hoge Raad van 10 januari 2020,²⁸ waarbij sprake was van schending door de bank van zijn bijzondere zorgplicht in de adviseringsfase, waarin de Hoge Raad het volgende overwoog:

‘3.1.3 Met deze overwegingen heeft het hof miskend dat voor aansprakelijkheid voor schade in een geval als het onderhavige is vereist dat causaal verband be-

staat tussen de door het hof aangenomen schending van de zorgplicht en de schade. (...) Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door mede op grond van gedragingen met betrekking waartoe het hof de Bank geen verwijten heeft gemaakt het *conditio sine qua non*-verband met de door [verweerder] geleden schade aan te nemen.’

Kortom, bij de vaststelling van de nadelige gevolgen van een schending van bijzondere bancaire zorgplichten in de voorfase van een overeenkomst is een hoge mate van precisie vereist.

5. Bijzondere zorgplichten van de bank en – in algemene voorwaarden – opgenomen aansprakelijkheidsbeperkingen.

In de inleiding refereerden wij aan een algemene aansprakelijkheidsbeperking in de algemene voorwaarden van een van de grote banken in Nederland.

De vraag die wij hier centraal stellen is of de bank zich op deze clausule kan beroepen in het geval waarbij een consument – terecht – stelt dat door de bank jegens de consument een bijzondere zorgplicht is geschonden.²⁹ Wij bespreken hier zes mogelijke stellingen die een consument kan betrekken teneinde – mogelijk – een beroep op de clausule te frustreren.

Stelling 1: In het geval waarbij de normschending wordt geground op dwaling en aan de rechter op grond van artikel 6:230 lid 2 BW opheffing van het nadeel wordt verzocht, staat deze clausule daaraan niet in de weg.

Hiervoor hebben wij aangegeven dat een verzoek om nadeelcompensatie op grond van artikel 6:230 lid 2 BW³⁰ geen verzoek tot schadevergoeding behelst. Om die reden achten wij het zonder meer verdedigbaar dat deze clausule aan een dergelijk beroep op nadeelcompensatie niet in de weg staat wanneer schending van de bijzondere zorgplicht door de bank via een beroep op dwaling wordt ingestoken.

Stelling 2: De schending van een bijzondere zorgplicht door de bank betreft³¹ schending van een precontractuele verbintenis en wordt om die reden niet bestreken door een

22 Vgl. HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3765 (Vano/FBS).

23 Vgl. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF767, NJ 2004/616.

24 Vgl. HR 2 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0915, m.nt. C.J.H. Brunner (Cattier/Waanders).

25 Vgl. K.J.O. Jansen, Verkeersopvattingen en private regelgeving, Over maatschappelijke opvattingen als bron van ongeschreven privaatrecht, NTBR 2020/5, p. 34, die opmerkt: ‘Nu tussen redelijkheid en billijkheid enerzijds en maatschappelijke zorgvuldigheid anderzijds in materiële zin weinig verschil bestaat, meen ik dat verkeersopvattingen ook bij de invulling van maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen van belang kunnen zijn, en in het verlengde daarvan ook bij de invulling van andere open normen in het verbintenissenrecht.’ Eveneens Jansen, maar dan in GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 6.1.15.2: ‘aangenomen dat een schending van redelijkheid en billijkheid in de precontractuele sfeer tevens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW oplevert’.

26 Vgl. A-G Hartkamp in een voetnoot bij zijn conclusie bij HR 13 november 1998, NJ 1999/72: ‘Als rechtsgrond voor het ontstaan van een zodanige verplichting kan – behoudens bijzondere wetsbepalingen, zoals art. 7.12.4a volgens wetsvoorstel 23 095 – de redelijkheid en billijkheid in verband met de aard van de overeenkomst worden aangemerkt (art. 6:248 lid 1 BW)’.

27 Waarbij dan de vraag speelt of er positief en/of negatief contractbelang kan worden gevorderd.

28 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28.

29 Vgl. over het in algemene zin aantasten van exoneratieclausules: T.H.M. van Wechem, *Leren exonereren: een aantal gezichtspunten ten aanzien van het contractueel reguleren van aansprakelijkheid*, Contracteren 2019, p. 89 e.v.

30 Vgl. T.H.M. van Wechem & A.J. Rijsterborgh, *Zijn boilerplates ter zake van de beperking van het rechterlijk ingrijpen bij dwaling acceptabel?*, Contracteren 2020, p. 41 e.v.

31 Dit kan natuurlijk afhangen van het concrete verwijt dat aan een bank wordt gemaakt. De schending van een waarschuwingplicht kan zich ook gedurende de looptijd van een bancaire relatie voordoen en openbaren.

– later in de tijd – gemaakte afspraak; deze beperkende afspraak strekt zich daar niet toe uit.

Wij achten deze stelling verdedigbaar, maar wij beseffen dat het aan de rechter³² is om via uitleg precieze duiding en inhoud aan de voornoemde exoneratie te geven. Wij wijzen hierbij met nadruk op het bepaalde in artikel 6:238 lid 2 BW, waaruit – voor bepalingen in algemene voorwaarden jegens consumenten gebruikt – volgt dat bij ambigue algemene voorwaarden bij twijfel de voor de consument gunstigste uitleg prevaleert.

Stelling 3: Deze algemene voorwaarde is dermate breed van opzet en daarmee latent zo verstrekkend – omdat ze zich zonder enige nuancering ook tegen zware normschendingen als die van bijzondere bancaire zorgplichten uitstrekt – dat ze daarom onredelijk bezwarend en vernietigbaar is.

In zijn arrest van 27 januari 2021³³ benadrukte het Europese Hof van Justitie³⁴ dat een beding in een risicodragende overeenkomst tussen een verkoper en een consument, zoals effectenleaseovereenkomsten, als oneerlijk moet worden beschouwd wanneer, gelet op de omstandigheden rond de sluiting van de betrokken overeenkomst en uitgaande van de datum van die sluiting, dat beding gedurende de uitvoering van die overeenkomst het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen aanzienlijk kan verstoren, ook al zou deze verstoring alleen onder bepaalde omstandigheden tot uiting kunnen komen of zou dat beding in andere omstandigheden zelfs ten goede kunnen komen aan de consument (cursivering EvW/DH).³⁵

De latente reikwijdte van deze bepaling – zonder enige nadere nuancering – voor zover het schending van *bijzondere bancaire zorgplichten* betreft, brengt om die reden mee dat het beding onredelijk bezwarend moet worden geacht op grond van artikel 6:233 onder a BW. Wij vinden dit argument voor mogelijke aantasting van de clause een krachtig argument.

Stelling 4: Deze algemene voorwaarde is onredelijk bezwarend op grond van het bepaalde in artikel 6:237 onder b en/of op grond van artikel 6:237 onder f BW, van de grijze lijst van afdeling 6.5.3 BW.

32 Zie in algemene zin HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, r.o. 3.2.3: 'Het is aan de rechter om te beoordelen welk gewicht daarbij moet worden gehecht aan het al dan niet aanwezig zijn van deze omstandigheden, mede gelet op eventuele overige, op dat moment gebleken omstandigheden van het geval.'

33 HvJ EU 27 januari 2021, C-229/19 en C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68.

34 Zie hierover C.M.D.S. Pavillon & J.H.M. Spanjaard, *Civielrechtelijke sancties op oneerlijke bedingen*. De 'alles of niets'-benadering bevestigd, NJB 2021/1392.

35 Het antwoord op de tweede vraag in die zaak was wellicht nog indringender: '2) Richtlijn 93/13 moet aldus worden uitgelegd dat een verkoper die – in die hoedanigheid – de consument een beding heeft opgelegd dat door de nationale rechter oneerlijk is verklaard en dus is vernietigd, wanneer de overeenkomst zonder dat beding kan voortbestaan, geen aanspraak kan maken op de in een bepaling van aanvullend nationaal recht vastgestelde wettelijke schadevergoeding die zonder dat beding van toepassing zou zijn geweest.'

Gelet op artikel 6:237 onder b BW wordt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding dat de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker van die voorwaarden wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij (natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf), mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten, vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Met deze bepaling wordt – getuige de parlementaire behandeling daarvan – beoogd te voorkomen dat de gebruiker de rechten van de wederpartij (consument) op schadevergoeding en ontbinding illusoir maakt door de omvang van zijn verplichtingen zodanig te beperken dat een gebrekkige nakoming geen tekortkoming oplevert en daarmee de werking van artikel 6:237 onder f en artikel 6:236 onder b BW³⁶ wordt omzeild.³⁷ Uit artikel 6:237 onder f BW vloeit voort dat bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, een in de algemene voorwaarden voorkomend beding dat de gebruiker of een derde geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn. Bij een beding op de grijze lijst kan de gebruiker de (vermeend) onredelijke bezwarendheid van de bepaling nog weerleggen en daarmee de vernietiging van de clause voorkomen. Wij vinden het zonder meer verdedigbaar dat het weerleggen van de onredelijke bezwarendheid – en dus de vernietigbaarheid – van de clause bij een schending van een bijzondere bancaire zorgplicht in het licht van de artikelen 6:237 onder b en/of 6:237 onder f BW een dermate 'uphill battle' is, dat wij ons afvragen of een bank daarin zal kunnen slagen.

Stelling 5: Wanneer deze algemene voorwaarde niet onredelijk bezwarend is op grond van artikel 6:237 onder b en/of artikel 6:237 onder f BW, is een beroep daarop onaanvaardbaar in het licht van artikel 6:248 lid 2 BW.

In zijn arrest van 22 november 2021³⁸ oordeelde de Hoge Raad dat het met de doelstelling van de Richtlijn Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten³⁹ alsook met het transparantievereiste onverenigbaar is dat een beding niet oneerlijk wordt geoordeeld omdat het buiten toepassing gelaten kan worden als een beroep op het beding in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat betekent dat zelfs wanneer het door ons aangehaalde beding de toets van artikel 6:237 onder b BW jo. artikel 6:237 onder f BW als (generiek) beding zou doorstaan, bij de toepassing ervan zo nodig kan worden onderzocht of

36 Art. 6:236 onder b BW luidt: 'Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding b. dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld, uitsluit of beperkt; (...).'

37 MvA II, Parl. Geschiedenis InvW 6, p. 1728.

38 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830.

39 Richtlijn 93/13/EEG.

het beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in het licht van artikel 6:248 lid 2 BW. Wij menen dat bij de laatste toets de aard van de geschonden norm – de schending van de bijzondere zorgplicht – daarbij een belangrijke rol zal spelen.⁴⁰

Stelling 6: Het beding reflecteert een oneerlijke handelspraktijk en is daarom vernietigbaar.

Een wellicht verrassende invalshoek zou kunnen zijn om de schending van een bijzondere bancaire zorgplicht te bezien in het kader van de wettelijke regeling oneerlijke handelspraktijken. Wij kunnen ons toepassing van deze regeling bijvoorbeeld voorstellen wanneer de bank bijzondere bancaire producten aanprijst. Een consument mag, gelet op de wettelijke regels inzake oneerlijk handelspraktijken (artikelen 6:193a e.v. BW), redelijkerwijs verwachten dat een handelaar, gelet op artikel 6:193b lid 2 onder a BW, handelt in overeenstemming met de vereisten van professionele toewijding. Deze professionele toewijding dient een handelaar niet alleen te betrekken in de precontractuele fase (de fase van de reclame en verkoop), maar ook in de fase van uitvoering van de overeenkomst en bij de beëindiging van de contractuele relatie.⁴¹ Onder professionele toewijding wordt verstaan het ‘normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken’.⁴² Zeker niet uit te sluiten valt dat een contractuele beperking van de omvang van het niveau van vakkundigheid en van zorgvuldigheid ten opzichte van het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn (conform artikel 6:237 onder b BW).

In de Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handels-

praktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, is opgemerkt dat het gebruik van oneerlijke contractuele bedingen (de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken) erop *kan* wijzen dat een handelaar niet voldoet aan de vereisten van professionele toewijding krachtens artikel 5 van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken. Het kan ook een teken zijn van een misleidende handeling krachtens artikel 6 van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken, voor zover het leidt tot onjuiste informatie of tot misleiding van de gemiddelde consument over de rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst. Het contractueel beperken van de omvang van het niveau van vakkundigheid en van zorgvuldigheid ten opzichte van het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, wordt dus niet alleen vermoed onredelijk bezwarend te zijn, maar kan ook nog eens een oneerlijke handelspraktijk⁴³ opleveren.⁴⁴

6. Conclusie

In deze *Ad Rem* hebben wij ons de vraag gesteld, hoe schending van een bijzondere bancaire zorgplicht zich verhoudt tot een door de bank in algemene voorwaarden opgenomen exoneratie daarvoor jegens een cliënt die als consument kan worden aangemerkt. In algemene zin – zonder een concrete onderbouwing daarvoor in de door ons onderzochte rechtspraak te hebben gevonden – achten wij de kans substantieel dat een dergelijke exoneratie door de bank niet zal kunnen worden ingeroepen in het geval van een schending door de bank van een bijzondere bancaire zorgplicht. Het is naar onze mening raadzaam voor banken om te overwegen om dat in hun exoneratieclausules te expliciteren om daarmee te voorkomen dat de exoneraties ook zullen sneuvelen wanneer er niet sprake is van een schending van een bancaire zorgplicht, maar de rechter tot het oordeel zou kunnen komen dat vanwege de latent (te) ruime strek-

40 Vgl. conclusie M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:716, onder 4.49.2, die de cassatieklacht tegen het oordeel van het hof, verwoord onder 3.16, afwijst waarin het hof oordeelde: ‘3.16. (...) Voor zover TGB zich op de exoneratiebepaling(en) uit de door haar gehanteerde algemene voorwaarden beroept (artikel 13 van de voorwaarden uit 2007), gaat dat beroep reeds niet op omdat het gaat om schending van de bijzondere zorgplicht jegens [verweerder] die naar zijn aard tot strekking heeft hem te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht en die voortvloeit uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen. Deze aard van de zorgplicht en de contractuele verhouding waarin partijen tot elkaar staan (adviesrelatie) in combinatie met de ernst van de verweten gedragingen zoals hiervoor vastgesteld door het hof, maakt een beroep op een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.’

41 Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, PbEU 2021, C 526/99.

42 Art. 6:193a lid 1 onder f BW.

43 Aldus de Commissie in Overweging 10 van de Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, PbEU 2021, C 526/8.

44 Hierbij dient wel te worden aangetekend dat de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken slechts van toepassing is voor zover er geen specifieke communautaire wetsbepalingen bestaan betreffende specifieke aspecten van oneerlijke handelspraktijken, zoals de informatieverplichtingen en regels voor de wijze waarop de informatie aan de consument wordt gepresenteerd en deze richtlijn de consument slechts beschermt in gevallen waarvoor op communautair niveau geen specifieke, sectorale wetgeving bestaat. Dit is met name van belang voor complexe producten die veel risico's voor consumenten inhouden, zoals bepaalde financiële diensten, en verbiedt handelaren een verkeerde indruk te geven van de aard van producten. Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, PbEU 2021, C 526/14.

king van de exoneratie deze om *die reden* vernietigbaar is.

Zoals wij het zien is het consumentrecht aan een krachtige opmars of – zo men wellicht kan stellen – ‘revival’ bezig.