

# WAARSCHUWEN TEGEN BETER WETEN IN?

## Over labiele beleggers en klein leed

Kasper Jansen\*



K.J.O. Jansen  
**Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht**

Diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2012, 680 p., € 69,50

Kasper Jansen promoveerde op 4 april 2012 *cum laude* aan de Universiteit Leiden. Promotor was prof. mr. Jac. Hijma. De overige leden van de promotiecommissie waren prof. mr. T. Hartlief, prof. mr. J.B.M. Vranken, prof. mr. A.G. Castermans, prof. mr. J.H. Nieuwenhuis en prof. mr. H.J. Snijders.

### 1 Inleiding: een sportzaak voor de oude dag

Wie de berichten leest over zakenbanken, pensioenfondsen en woningcorporaties die miljarden verliezen op de beurs, zou haast vergeten dat de financiële crisis ook veel klein leed veroorzaakt op de beursvloer. Klein leed om te huilen, zelfs. De eigenaar van een sportzaak had zijn vermogen, afkomstig uit deze zaak, ten behoeve van zijn oude dag laten beleggen door Funda Rent. Daarbij had hij zo veel verliezen geleden, dat hij zich liet overhalen om zijn beleggingsportefeuille over te hevelen naar de Rabobank. Tijdens één van de voorgesprekken met een bankmedewerker heeft hij naar eigen zeggen gehuild, maar volgens de bankmedewerker verklaarde hij daarna 'een sportman te zijn' en te willen 'doorgaan'. Hij wilde 'zijn verliezen goedmaken' en koos daarom voor dezelfde riskante (en dus potentieel lucratieve) beleggingsstrategie die hij ook bij Funda Rent had gehanteerd, namelijk een belegging in opties en futures.<sup>1</sup> Opnieuw bleek de uitkomst om te huilen: van de oorspronkelijke inleg van ruim € 1,2 miljoen bleef uiteindelijk slechts € 107.523,54 over.

Ditmaal toonde de belegger zich minder sportief: hij sprak de Rabobank aan tot vergoeding van zijn schade. Volgens de belegger had de bank haar zorgplicht geschonden, door onvoldoende onderzoek te doen naar zijn financiële positie en hem niet te waarschuwen voor de aan zijn beleggingsstrategie verbonden risico's. Het Hof Arnhem honoreerde

dit betoog en de Hoge Raad laat die beslissing in stand.<sup>2</sup> Het verweer van de bank dat de belegger een 'Beleggings Inventarisatie Formulier' had ondertekend, waarop onder meer stond vermeld dat hij 'veel ervaring met beleggen' had en een 'offensief/zeer offensief' doelrisicoprofiel nastreefde, wordt verworpen, omdat de belegger dit formulier naar eigen zeggen niet had gelezen (r.o. 3.5.2). Ook de omstandigheid dat de belegger in een door hem ondertekend stuk had verklaard zich van de risico's 'ten volle bewust te zijn', het feit dat hij al eerder (bij Funda Rent) in opties en futures had belegd, met zeer aanmerkelijk verlies, en de omstandigheid dat hem op enig moment door de bank was geadviseerd om niet in opties en futures te beleggen, staan volgens de Hoge Raad niet aan aansprakelijkheid van de bank in de weg (r.o. 3.6.2). De bank diende de belegger te 'waarschuwen voor de bijzondere risico's die aan de handel in opties en futures zijn verbonden' (r.o. 3.4), teneinde zich ervan te vergewissen 'dat de cliënt zich de bijzondere risico's, en de gevolgen die de verwerkelijking daarvan voor hem kunnen hebben, daadwerkelijk bewust is' (r.o. 3.6.2).

Wie de berichten leest over zakenbanken, pensioenfondsen en woningcorporaties die miljarden verliezen op de beurs, zou haast vergeten dat de financiële crisis ook veel klein leed veroorzaakt op de beursvloer. Klein leed om te huilen, zelfs

Nu de belegger bij het aangaan van de relatie met de bank emotioneel was over de voordien geleden verliezen en hij deze verliezen wilde goedmaken, was er volgens de Hoge Raad 'reden te meer' om hem indringend te waarschuwen. De zorgplicht van de bank strekt er immers mede toe 'de cliënt te beschermen tegen de gevaren van gebrek aan inzicht en kunde en van overwegend op emotionele gronden genomen beslissingen', aldus de Hoge Raad (r.o. 3.6.2).

\* Mr. K.J.O. Jansen is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeuw Fortuijn te Den Haag.

1 Zie voor een uitleg van de risico's van de optiehandel bijv. T. Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank?', AA 2003, p. 929-930 (AA20030929).

2 HR 3 februari 2012, LJN: BU4914, NJ 2012, 95 (Rabobank Vaart en Vecht/X). Overigens volgt wel vernietiging ter zake van de omvang van de geleden schade (r.o. 3.9.2).

## 2 Informatieplichten: bevordering van informed consent

Wat opvalt aan de beslissing van de Hoge Raad, is dat enerzijds als vaststaand feit wordt aanvaard dat de belegger, in verband met zijn verleden bij Funda Rent, 'reeds van de bijzondere risico's op de hoogte was', maar dat anderzijds wordt geoordeeld dat de bank hem desalniettemin voor die (reeds bekende) risico's had moeten waarschuwen. Al eerder aanvaardde de Hoge Raad een dergelijke 'waarschuwingplicht tegen beter weten in', eveneens op het terrein van de financiële dienstverlening. In het Dexia-arrest uit 2009,<sup>3</sup> waarin het ging om de aansprakelijkheid van een bank jegens de gedupeerde afnemer van een effectenleaseproduct, oordeelde de Hoge Raad dat de bank gehouden was de afnemer 'indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld' (r.o. 4.10.3). Daaraan deed volgens de Hoge Raad niet af dat aan de belegger voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst reeds 'voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's, waaronder het restschuldrisico, redelijkerwijze te voorkomen' (r.o. 4.4.5). De consequentie van deze benadering was dat de afnemer geen beroep kon doen op dwaling wegens schending van een mededelingsplicht (art. 6:228 lid 1 sub b BW), maar wel aanspraak kon maken op schadevergoeding wegens schending van een waarschuwingplicht.

## Wat is de zin van een waarschuwingplicht, indien de te waarschuwen persoon reeds met de betrokken risico's bekend is?

De vraag rijst hoe hierover vanuit een breder perspectief – los van de concrete uitkomst in de betreffende gevallen – moet worden gedacht. Wat is de zin van een waarschuwingplicht, indien de te waarschuwen persoon reeds met de betrokken risico's bekend is? In mijn proefschrift over informatieplichten (plichten tot vergaring of verstrekking van informatie) heb ik betoogd dat iedere mededelings- of waarschuwingplicht logischerwijze wordt begrensd door de eigen verantwoordelijkheid van de te informeren partij, zodat normaliter geen mededeling behoeft te worden gedaan van (en ook niet behoeft te worden gewaarschuwd voor) informatie die de wederpartij reeds kent of behoort te kennen.<sup>4</sup> De achterliggende gedachte is dat niemand gebaat is met nutteloze 'common sense warnings', zoals het beruchte (Amerikaanse) voorbeeld van de waarschuwing voor het drogen van een hond in de magnetron illustreert.<sup>5</sup>

Informatieplichten strekken in mijn visie tot bevordering van 'informed consent': zij bewerkstelligen dat mensen bepaalde beslissingen (bijvoorbeeld over het aangaan van een overeenkomst of over het omgaan met een dreigend risico) voldoende geïnformeerd kunnen nemen.<sup>6</sup> Zodra de betreffende persoon reeds voldoende is geïnformeerd, is de betekenis van mededelings- en waarschuwingplichten mijns inziens uitgewerkt. Hieronder bespreek ik twee arresten die deze stelling illustreren, te beginnen met een arrest op het terrein van het contractenrecht: het arrest *Van Dalfsen/Gemeente Kampen* uit 2008.<sup>7</sup>

## 3 Monumentaal pand ongeschikt voor feesten en partijen

Van Dalfsen was exploitant van restaurant De Roggebot te Kampen, waarvoor hij een nieuwe locatie zocht. In het najaar van 2001 is hij in overleg getreden met de Gemeente Kampen over de aankoop van een monumentaal pand, daterend uit circa 1500, dat bij de gemeente in gebruik was als kantoorruimte. Halverwege 2002 heeft Van Dalfsen – vooruitlopend op een eventuele aankoop – bij de gemeente een bouwvergunning aangevraagd voor de beoogde verbouwing van het pand. De bijbehorende bouwtekening vermeldde als opmerking van de door Van Dalfsen ingeschakelde architect: 'dakconstructie c.q. vloeren controleren op toekomstige belastingen!'. In reactie op de vergunningaanvraag heeft de gemeente Van Dalfsen verzocht om constructieve berekeningen en een 'kwaliteitsverklaring' omtrent de verdiepingsvloerconstructie. Ook de Overijsselse welstandscommissie liet weten – in een brief aan het college van B&W, die aan Van Dalfsen werd doorgezonden – dat de belastbaarheid van de verdiepingsvloer een punt van aandacht was.

Eind 2002 heeft Van Dalfsen het pand gekocht. Enkele maanden later rapporteerde zijn aannemer – niet verrassend – dat de verdiepingsvloerconstructie inderdaad problemen opleverde, meer in het bijzonder omdat de eerste verdiepingsvloer, in de staat waarin deze zich bevond ten tijde van de aankoop, niet sterk genoeg was voor het door Van Dalfsen beoogde gebruik van de bovenverdieping als feestzaal. Tegen deze achtergrond weigerde Van Dalfsen mee te werken aan de eigendomsoverdracht en heeft hij zijn restaurant verplaatst naar Ermelo. Van Dalfsen heeft zich vervolgens in rechte beroepen op non-conformiteit in de zin van artikel 7:17 BW, wegens schending van een mededelingsplicht. Volgens Van Dalfsen wist de gemeente van de door hem beoogde bestemming van het pand als restaurant en had zij hem tegen die achtergrond moeten informeren over een rapport van de afdeling Bouw- en Woningtoezicht, waarover de gemeente sinds een eerdere renovatie anno 1991 beschikte en waarin een zogenaamde 'sterkteberekening' was opgenomen, die uitwees dat de vloer ongeschikt was voor een restaurantfunctie.

Het hof verwierp deze stelling van Van Dalfsen. Volgens het hof bestond onder de gegeven omstandigheden *onzekerheid* over de constructieve geschiktheid van het pand voor de beoogde bestemming, zodat op Van Dalfsen ter zake een bijzondere onderzoeksplicht rustte. De Hoge Raad verenigt zich met dit oordeel, dat er volgens hem op neerkomt dat Van Dalfsen zich onder de gegeven omstandigheden niet kan beroepen op een door de gemeente geschonden mededelingsplicht, omdat Van Dalfsen, in het licht van hetgeen de gemeente hem overigens reeds had medegedeeld en hetgeen bij hem reeds bekend was omtrent de beperkte belastbaarheid van de verdiepingsvloer, 'ook zelf enig verder onderzoek had behoren te doen' (r.o. 3.4.2).

Uit het arrest blijkt dat een contractspartij die zelf beter wist of behoorde te weten, bijvoorbeeld omdat hij reden had tot *twijfel* omtrent (de afwezigheid van) een bepaalde stand van zaken, een eigen onderzoeksplicht heeft, die – althans onder omstandigheden, zoals in het onderhavige geval – de gelding van een mededelingsplicht aan de zijde van de weder-

3 HR 5 juni 2009, LJN: BH2815, NJ 2012, 182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*).

4 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 555-557.

5 Voor meer sprekende (niet altijd op waarheid berustende) voorbeelden, zoek via [www.google.com](http://www.google.com) naar 'silly warnings' of 'funny warning labels'.

6 Jansen 2012, p. 34-35.

7 HR 14 november 2008, LJN: BF0407, NJ 2008, 588 (*Van Dalfsen/Gemeente Kampen*).

partij kan verdringen.<sup>8</sup> De vraag rijst of iets dergelijks heeft te gelden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, ten aanzien van de waarschuwingsplicht in gevaarlijke situaties. Illustratief is het nu te bespreken arrest *Eurosportief/Wesselink* uit 2005.<sup>9</sup>

## Een contractspartij die zelf beter wist of behoorde te weten heeft een eigen onderzoeksplicht, die de gelding van een mededelingsplicht aan de zijde van de wederpartij kan verdringen

### 4 Skeelers met dodelijke afloop

Kuipers, de echtgenote van verweerder in cassatie *Wesselink*, nam deel aan een skeelercursus voor beginners, georganiseerd door Eurosportief. De lessen werden gegeven door instructeur Heesink, op een geasfalteerde skeelerbaan. Voorafgaand aan de eerste les is door Heesink aan de cursisten verteld dat zij een valhelm konden pakken 'als ze daar behoefte aan hadden'. Het gebruik van pols-, elleboog- en kniebeschermers was daarentegen verplicht. Tijdens de derde les is Kuipers, die geen valhelm droeg, door een onbekende oorzaak op haar achterhoofd gevallen. Zij heeft hierdoor ernstig hersenletsel opgelopen, waaraan zij een dag later is overleden. Weduwnaar *Wesselink* vordert schadevergoeding van Eurosportief, daartoe stellende dat Eurosportief onrechtmatig heeft gehandeld door niet van haar beginnende cursisten te verlangen dat zij een valhelm droegen. De rechtbank wees deze vordering af, met als motivering dat het 'op de verantwoordelijkheid van de deelnemer zelf aankomt', of hij tijdens de lessen gebruik maakt van een valhelm. Hof en Hoge Raad dachten daar anders over.

In appel nam het hof een uit artikel 6:162 BW voortvloeiende waarschuwingsplicht van Eurosportief aan. Volgens het hof levert de skeelersport, juist voor de onderhavige categorie van onervaren cursisten, een verhoogd gevaar voor vallen en daaruit voortvloeiend (hoofd)letsel op. Tegen deze achtergrond mag van de organisator van een skeelercursus worden verwacht, aldus het hof, 'dat de cursisten voorafgaande aan de cursus indringend worden gewaarschuwd voor die gevaren, aldus dat iedere cursist een afgewogen beslissing kan nemen om tijdens de lessen (en daarbuiten) beschermingsmiddelen te dragen'. Het in casu door Heesink gedane aanbod om desgewenst een valhelm te gebruiken, had volgens het hof 'een louter vrijblijvend karakter' en kon daarom niet worden aangemerkt als 'een dringend advies aan de cursisten'. Tegen deze achtergrond was Eurosportief tekortgeschoten in de op haar rustende 'zorgvuldigheidsverplichting om de cursisten minstgenomen dringend te adviseren een valhelm te dragen'.

In cassatie klaagt Eurosportief (onder meer) dat met het verstrekken en verplicht laten dragen van pols-, elleboog- en kniebeschermers 'reeds voldoende aan Kuipers blijkt was gegeven van het risico van een val', zodat Kuipers, mede gezien het aanbod om gebruik te maken van een valhelm, 'heeft moeten

begrijpen dat er ook sprake was van een (weliswaar veel kleiner, maar niet uit te sluiten) risico van hoofdletsel'. De Hoge Raad verwerpt dit betoog. 's Hofs oordeel dat voor het al of niet aannemen van een waarschuwingsplicht aan de zijde van Eurosportief niet beslissend is dat Kuipers, als beginnend cursist, 'zelf bedacht had moeten zijn op het risico van een val op het hoofd', geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

De uitkomst van het arrest ligt voor de hand. De belangrijkste achterliggende reden is mijns inziens gelegen in de aard van de informatie waarvoor in casu moest worden gewaarschuwd.<sup>10</sup> Het risico van ernstig hoofdletsel dat zich hier had verwezenlijkt, kan worden beschouwd als een gekwalificeerde variant van het algemeen bekende risico dat deelnemers aan een skeelercursus ten val kunnen komen. Zo bezien had Kuipers allicht kunnen *beredeneren* dat zij hoofdletsel kon oplopen door deelname aan de skeelercursus, maar het ligt voor de hand dat zij – onervaren deelnemster als zij was – de betrokken risico's in eerste instantie vooral met schaafwonden en botbreuken heeft geassocieerd, juist omdat Eurosportief enkel het gebruik van pols-, elleboog- en kniebeschermers had voorgeschreven. Van de vrijblijvend aangeboden valhelmen ging in dit verband eerder een geruststellende dan een alarmerende werking uit, nu daarbij werd vermeld dat deze enkel waren bestemd voor wie 'daar behoefte aan hadden', terwijl een valhelm in werkelijkheid voor alle onervaren cursisten van (levens)belang bleek. Tegen deze achtergrond kan men zeggen dat het algemeen bekende risico van een valpartij in casu bijzonder ernstige proporties had aangenomen, die voor onervaren cursisten niet zonder meer voorzienbaar waren. In zoverre was het betrokken risico – de reële dreiging van dodelijk hersenletsel – voor onervaren cursisten niet genoegzaam bekend, zodat Eurosportief, als professionele organisator van de cursus, daarvoor had moeten waarschuwen.

## Moet uit *Eurosportief/Wesselink* nu de algemene regel worden afgeleid dat potentiële slachtoffers op grond van artikel 6:162 BW óók moeten worden gewaarschuwd voor gevaren waarop zij 'zelf bedacht hadden moeten zijn'? Zo ver zou ik niet willen gaan

Moet uit het arrest nu de algemene regel worden afgeleid dat potentiële slachtoffers op grond van artikel 6:162 BW óók moeten worden gewaarschuwd voor gevaren waarop zij 'zelf bedacht hadden moeten zijn'? Zo ver zou ik niet willen gaan. De waarschuwingsplicht uit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht strekt, zoals het arrest *Eurosportief/Wesselink* illustreert, mede tot bescherming van onvoorzichtige slachtoffers, die beter hadden kunnen weten, maar dit betekent mijns inziens niet dat

8 Vgl. Jansen 2012, p. 221-222.

9 HR 25 november 2005, LJN: AU4042, NJ 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (*Eurosportief/Wesselink*).

10 Vgl. Jansen 2012, p. 424-425.

waarschuwingen altijd 'idiotensicher' moeten zijn.<sup>11</sup> Zodra de slachtoffers een mate van onvoorzichtigheid tentoonspreiden die de dader redelijkerwijs niet behoefde te verwachten, kan van onrechtmatigheid geen sprake (meer) zijn.<sup>12</sup> Dienovereenkomstig oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Gekantelde vrachtwagen* uit 2003 dat de beheerder van een onverharde, smalle verbindingsweg niet behoefde te waarschuwen voor het risico dat een brede en zware vrachtwagen op die weg zou wegzakken en kantelen, indien 'ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn dat deze weg voor het gebruik daarvan door een zware vrachtwagencombinatie – hoogstwaarschijnlijk – ongeschikt was'.<sup>13</sup>

### Voorkomen moet worden dat informatieplichten irreële proporties aannemen, doordat zij worden toegepast in situaties waarin de te informeren partij in feite niet onwetend was, maar welbewust een risico nam

#### 5 Tot slot: klein leed van de labiele belegger

Vergeleken met de positie van Kuipers, die door de schending van een waarschuwingplicht het leven liet, lijkt de positie van de labiele belegger, die zijn oude dag moest slijten met ruim een ton op zijn bankrekening en een netto maandinkomen van € 2.270,<sup>14</sup> aanzienlijk minder beklagenswaardig. In dat licht is het opmerkelijk te noemen dat zelfs het feit dat de

belegger uit eigen ervaring *bekend* was met de risico's van de door hem gekozen beleggingsstrategie niet in de weg stond aan het aannemen van aansprakelijkheid wegens schending van een waarschuwingplicht. De koper van een monumentaal pand zou in een dergelijke situatie nul op het rekest krijgen, zoals het arrest *Van Dalfsen/Gemeente Kampen* illustreert. Zelfs de buitencontractuele waarschuwingplicht uit het arrest *Eurosportief/Wesselink*, betrekking hebbend op ernstig levensgevaar, gaat blijkens het voorgaande niet zo ver dat slachtoffers die *welbewust* een risico aanvaardden daarvoor moeten worden gewaarschuwd.

De Hoge Raad onderbouwt de ruime strekking van de bancaire waarschuwingplicht met het argument dat deze mede strekt tot bescherming van beleggers tegen 'de gevaren van gebrek aan inzicht en kunde en van overwegend op emotionele gronden genomen beslissingen'.<sup>15</sup> Men zou echter in een geval als het onderhavige evengoed kunnen zeggen dat de belegger een (riskante) gok heeft gewaagd, in de hoop op financieel gewin. Een zodanige berekenende vorm van winstbejag – al of niet op emotionele gronden – is van andere orde dan de alledaagse onvoorzichtigheid die in het gevaarzettingsleerstuk, zoals in het geval van Kuipers, tot fatale gevolgen leidt.<sup>16</sup> Men bedenke dat onze labiele sportman ongetwijfeld geen traan zou hebben gelaten, indien zijn riskante beleggingsstrategie toevallig lucratief zou hebben uitgepakt. Wat hiervan zij, van belang is mijns inziens dat in gevallen als deze het doel van informatieplichten, hun strekking tot bevordering van goed geïnformeerd gedrag, niet uit het oog wordt verloren. Voorkomen moet worden dat informatieplichten irreële proporties aannemen, doordat zij worden toegepast in situaties waarin de te informeren partij in feite niet onwetend was, maar welbewust een risico nam.

11 Vgl. Jansen 2012, p. 427.

12 Vgl. Jansen 2012, p. 393.

13 HR 26 september 2003, LJN: AI0830, NJ 2003, 660 (*Gekantelde vrachtwagen*), r.o. 3.7.

14 Vgl. HR 3 februari 2012, LJN: BU4914, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart en Vecht/X*), rov. 3.1, sub (ii), waaruit blijkt dat het maandinkomen bestond uit lijfrente en een WAO-uitkering.

15 Zie in gelijke zin (op het terrein van de effectenlease) HR 5 juni 2009, LJN: BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), rov. 4.16.2, waar de Hoge Raad overwoog dat de bancaire zorgplicht de strekking heeft beleggers 'te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht'.

16 Vgl. K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 6853 (2010), p. 633.