

Aansprakelijkheid van de bank wegens het schenden van een informatieplicht

Barendrecht, J.M.; van den Akker, E.J.A.M.

Published in:

Aansprakelijkheid en Verzekering

Publication date:

1996

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Barendrecht, J. M., & van den Akker, E. J. A. M. (1996). Aansprakelijkheid van de bank wegens het schenden van een informatieplicht. *Aansprakelijkheid en Verzekering*, 1996(4), 73-80.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**Mr E.J.A.M. van den Akker en
prof. mr J.M. Barendrecht**

*Verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht,
Schoordijkinstituut (KUB), J.M. Barendrecht is tevens advocaat bij de
Brauw Blackstone Westbroek te Den Haag; E.J.A.M. van den Akker bereidt
een proefschrift voor op het terrein van beroepsaansprakelijkheid ten
opzichte van derden.*

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANK WEGENS HET SCHENDEN VAN EEN INFORMATIEPLICHT¹

1. DE INFORMATIEPLICHT VAN DE BANK

1.1 Aanleiding voor dit artikel

Sinds de monografie van Vranken is zeker dat informatieplichten een centrale rol spelen in het verbintenissenrecht.² De precieze plaats van informatieplichten in het juridische systeem blijft echter onzeker. De praktijk worstelt ermee en heeft behoefte aan structuur. Voor wat betreft de informatieplicht van banken blijkt dat uit een aantal recente publikaties in dit blad en elders.³

Wanneer heeft de bank nu een informatieplicht? Molenaar acht de bank verplicht die informatie te verschaffen welke de cliënt nodig heeft voor een weloverwogen beslissing.⁴ Bouchez en Smals verwijzen hun lezers – kort gezegd – naar de omstandigheden van het geval.⁵ Wij stelden ons tot doel iets meer orde in de jurisprudentie met betrekking tot informatieplichten van banken aan te brengen dan tot nog toe is gebeurd. Wij kwamen tot een aantal 'vuistregels' voor de informatieplicht van de bank. Het daarvoor gebruikte materiaal bestaat in de eerste plaats uit rechtspraak van de Nederlandse civiele rechter en rechtspraak van de geschillencommissies die in de bankwereld actief zijn⁶ en daarnaast uit rechtspraak van de Franse, Engelse en Duitse rechter. Vergelijking met buitenlandse rechtspraak moet natuurlijk met de nodige voorzichtigheid geschieden, omdat bank- en rechtscultuur op onderdelen van de Nederlandse zullen verschillen. In een tijd van grenzeloos pinnen en 'global banking' ligt het echter voor de hand dat de normen voor banken steeds meer op elkaar gaan lijken. De juridische kaders die in de onderzochte rechtsstelsels voor informatieplichten gelden, lijken voorts in voldoende mate op de Nederlandse om vergelijking mogelijk te maken.

1.2 Grondslagen voor en achtergronden van een informatieplicht

In de rechtspraak, met name in die van de geschillencommissies, wordt niet of nauwelijks aandacht besteed aan de grondslag van een informatieplicht. Als eerste komt in aanmerking de precontractuele redelijkheid en billijkheid en de uitwerking daarvan in art. 6:228 B.W. (dwaling). Vervolgens kan een informatieplicht zijn grondslag hebben in de bankovereenkomst of bankrelatie⁷: expliciet, impliciet (waarbij in deze context

1. Dit artikel is een bewerking van een voordracht door de auteurs gehouden tijdens de studiedag Bancaire Aansprakelijkheid gehouden op 6 juni 1996 en georganiseerd door de Stichting Bankrecht in samenwerking met het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Schoordijk Instituut (KUB).
2. J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, 1989.
3. F. Molenaar, De aansprakelijkheid van de bank voor gebrekkige informatie, A & V 1995, p. 107 e.v., L.C. Bouchez en M.H.A. Smals, Nogmaals: 'De aansprakelijkheid van de bank voor gebrekkige informatie', A & V 1996, p. 25 e.v.; Zie ook C. van Ravenhorst, Spreek-, zwijg- en adviesplichten in de verhouding bank-client, TVVS 1990, p. 137 e.v.
4. Zie Molenaar, t.a.p., p. 111.
5. Zie Bouchez en Smals, t.a.p., p. 25 e.v.
6. Dat zijn respectievelijk de Geschillencommissie Bankbedrijf (voor geschillen tussen banken en zakelijke cliënten; hierna: GCB) en de Geschillencommissie Bankzaken (voor geschillen tussen banken en particulieren; hierna: GCP), met ingang van 1 september 1995 gefuseerd tot de Geschillencommissie Bankzaken (hierna: GCB), De Klachtencommissie Effectenbedrijf (hierna: KCE) en de Klachtencommissie Optiebeurs (hierna: KCO).
7. Zie hierover C. van Ravenhorst, De bankovereenkomst, naar een relationele benadering van de verhouding bank-client, 1991 en tevens J.B.M. Vranken, Voordracht ter gelegenheid van de

vooral de zorgplicht van art. 2 Algemene Bankvoorwaarden (ABV)⁸ relevant is) of via de redelijkheid en billijkheid. Is de relatie tussen de bank en de rechthebbende op de informatie onvoldoende direct om een (pre-)contractuele verhouding aan te kunnen nemen, dan komt de buiten-contractuele zorgvuldigheid in aanmerking. De zowel binnen als buiten contract door de bank in acht te nemen zorgvuldigheid moet worden bepaald aan de hand van een vergelijking met een redelijk bekwaam en redelijk handelende bank.⁹ Informatieplichten gebaseerd op de buiten-contractuele zorgvuldigheid (denk aan prospectusaansprakelijkheid¹⁰) zullen wij in het navolgende niet behandelen.

Een informatieplicht kan het bereiken van een zo volwaardig mogelijke toestemming tot het aangaan van een overeenkomst (met een bepaalde inhoud) met de bank tot doel hebben (zie hierna onder 2). Deze informatieplicht kan zich niet alleen voordoen bij de aanvang van de relatie tussen bank en cliënt, maar steeds weer als de cliënt een andere of nieuwe dienstverlening van de bank betreft. Een informatieplicht zal dan moeten worden aangenomen indien de bank rekening behoort te houden met de mogelijkheid dat de cliënt zich op basis van de betreffende informatie van de voorgenomen bankdienstverlening (met een bepaalde inhoud) zal onthouden.¹¹ Dan kan informatie nodig zijn voor een goede en zorgvuldige uitvoering van de overeenkomst (zie hierna onder 3).¹² Een informatieplicht dient in dat geval met name te worden aangenomen als de bank rekening behoort te houden met de mogelijkheid dat de cliënt op basis van de betreffende informatie over zal gaan

tot een handelen met het oog op zijn eigen belangen. Tenslotte kan de uitvoering van (een deel van) de overeenkomst tussen bank en cliënt juist bestaan uit het nakomen van een informatieplicht.¹³ Dit is bijvoorbeeld het geval als er tussen bank en cliënt een relatie bestaat die (mede) ziet op het geven van advies (zie hierna onder 4). Over de grondslagen, achtergronden en dogmatische inpassing van informatieplichten kan nog veel meer gezegd worden. Daarnaast zijn er met betrekking tot informatieplichten een aantal algemene thema's die evenzeer aandacht verdienen, zoals de mogelijke onderzoeksplicht van de bank, de invloed van de deskundigheid van de cliënt en de invloed van een 'conflict of interests'. Tenslotte is het interessant de – meer juridische – leerstukken als causaal verband en eigen schuld vanuit de invalshoek van informatieplichten aan de orde te stellen. Dit alles zal onderwerp zijn van een binnenkort van onze hand te verschijnen artikel.

2. INFORMATIE MET HET OOG OP TOESTEMMING

Als gezegd pogen wij in dit artikel te komen tot een aantal 'vuistregels' voor de informatieplicht van de bank. Met betrekking tot informatieplichten gericht op het bereiken van een zo volwaardig mogelijke toestemming maken wij onderscheid tussen enerzijds informatie die betrekking heeft op de dienstverlening van de bank aan de cliënt, zoals de voorwaarden waaronder de dienstverlening plaatsvindt en de aan de dienstverlening verbonden risico's. Anderzijds is er informatie die ook voor de cliënt van belang is, maar die buiten de dienstverlening van de bank zelf ligt. Een voorbeeld hiervan is informatie over de goedgeheid van degene waarmee de cliënt een transactie wil aangaan met het bij de bank geleende geld.

2.1 Informatie over de dienstverlening van de bank : voorwaarden

Een bank dient aan haar cliënt informatie te verschaffen over de voorwaarden waaronder zij een dienst aanbiedt, die voor een cliënt wezenlijk zijn om de dienstverlening al dan niet te betrekken. Deze informatieplicht is voor verschillende bankdiensten terug te vinden in wettelijke regelingen.¹⁴ Maar ook buiten deze regelingen om moet ons inziens een dergelijke informatieplicht worden aangenomen. Het object van dienstverlening is immers uitsluitend te identificeren aan de hand van door de dienstverlener verstrekte informatie. Er is niets tastbaars wat de cliënt kan inspecteren. Een aantal van voor de cliënt wezenlijke voorwaarden waaronder de bank haar diensten aanbiedt kan vervat zijn in algemene voorwaarden. Is voldoende dat de bank haar

8. Zie ook HR 29 september 1995, RvdW 1995, 193 (ABN AMRO/Hendriks).

9. Vergelijk HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 en HR 26 april 1991, NJ 1991, 455.

10. Zie voor prospectusaansprakelijkheid recentelijk M.A. Blom & J.M. Boll, Prospectusaansprakelijkheid, Pre-advies uitgebracht voor de Vereniging voor effectenrecht, 1995 en de binnenkort te verschijnen dissertatie van Blom.

11. Ontleend aan HR 10 december 1993, NJ 1994, 667 (Van Ittersum/Rabo); de sanctie op het schenden van een dergelijke informatieplicht kan vernietigbaarheid of een schadevergoedingsverplichting zijn.

12. Sanctie op het niet nakomen van deze informatieplicht is het niet kunnen uitoefenen van bepaalde rechten of een schadevergoedingsverplichting.

13. Sancties zijn de gebruikelijke bij een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst.

14. Zie bijvoorbeeld art. 26 Wet op het Consumentenkrediet en art. 5 van de Franse Loi du 10 janvier 1978 en matière de crédit à la consommation, alsmede art. 7 van het Décret du 24 juillet 1984 behorend bij de Loi bancaire 24 janvier 1984.

cliënt deze algemene voorwaarden ter hand stelt? Gezien de in Nederland bestaande cultuur met betrekking tot algemene voorwaarden kan wellicht van een cliënt niet worden verwacht dat hij de wezenlijke informatie over de voorwaarden van de dienstverlening uit de veel meer omvattende, moeilijk leesbare en juridisch getinte algemene voorwaarden reconstrueert.¹⁵ Eenzelfde vraag kan gesteld worden met betrekking tot voorwaarden die opgenomen zijn in de schriftelijke overeenkomst die de bank met haar cliënt sluit.¹⁶

Ook de schriftelijke overeenkomst tussen bank en cliënt zal vaak een document zijn dat er niet op gericht is de cliënt op begrijpelijke wijze informatie te verschaffen.

2.1.1 Voor cliënten in het algemeen wezenlijke voorwaarden

Het is zinvol onderscheid te maken tussen voorwaarden die voor iedere cliënt van wezenlijk belang zijn en voorwaarden die slechts relevant zijn in verband met de specifieke achtergronden van een bepaalde cliënt. Veel bankdienstverleningen zijn in vergaande mate gestandaardiseerd en voorzien in standaardbehoeften van cliënten. Dat betekent dat de wezenlijke 'eigenschappen' van deze dienstverlening eenvoudig op gestandaardiseerde wijze (in foldermateriaal of standaardbrieven) aan de cliënt kunnen worden overgebracht. Deze informatie zal zo moeten worden geredigeerd dat zij voor de grote meerderheid van de potentiële cliënten van de bank begrijpelijk is.¹⁷ Banken zullen nogal eens geneigd zijn om belastende voorwaarden niet of minder duidelijk te vermelden. In Duitsland is hier veel rechtspraak over. Zo moet de cliënt aldaar worden geïnformeerd over de stand van de rente die wordt berekend,¹⁸ de voor de normale cliënt niet overzienbare bezwaren van de combinatie van krediet en levensverzekering¹⁹ en de terugbetalingsplicht aan de bank bij financiering van een koop op afbetaling ook als het geleverde niet voldoet.²⁰ In dezelfde lijn zou het aannemen van een informatieplicht liggen over de kosten die de bank (of haar zuster een verzekeringsmaatschappij) berekent bij beleggingsprodukten op basis van levensverzekering. Naar ons oordeel behoren financiële instellingen de cliënt een zodanig inzicht te geven in de effectieve kosten, dat hij een vergelijking kan maken met concurrerende produkten²¹, zeker nu gebleken is dat de kostenpercentages kunnen oplopen tot een aanzienlijk deel van de ingelegde bedragen. Het kan echter ook gaan om gunstige keuzemogelijkheden voor de cliënt. Zo dient een bank volgens het Franse Cour de Cassation een voor haar kenbaar wezenlijke opzeggingsmogelijkheid bij een lening onder de aandacht te brengen.²²

2.1.2 Voor de specifieke cliënt wezenlijke voorwaarden

Anderzijds zijn er voorwaarden die alleen voor een specifieke cliënt van belang zijn. 'Een voorbeeld hiervan is een regeling over vervroegd aflossen van een hypothecaire lening als het verhy-pothekeerde niet wordt verkocht. De aanwezigheid van een informatieplicht zal hier samenhangen met de kennis bij de bank omtrent de bijzondere omstandigheden van de cliënt, zodat de bank slechts die cliënt over eerderbedoelde regeling hoeft te informeren waarvan zij weet dat hij mogelijk vervroegd wil aflossen zonder verkoop. Die kennis hoeft de bank niet actief te verwerven. Dit laatste kan anders zijn als er tussen de bank en de cliënt een adviesrelatie bestaat (zie onder 4).'

2.2 Informatie over de dienstverlening van de bank : risico's

De bank dient aan haar cliënt informatie te verschaffen over de wezenlijke risico's die aan de bankdienstverlening inherent zijn. Ook deze risico's immers, kunnen doorslaggevend zijn voor de beslissing de dienstverlening van de bank te betrekken.

2.2.1 Risico's voor cliënten in het algemeen

Ook hier zal regelmatig sprake zijn van risico's die inherent zijn aan iedere transactie van de beoogde soort. Ook voor informatie over deze risico's geldt dat zij op gestandaardiseerde wijze aan de cliënt ter beschikking kan worden gesteld. Denk aan de risico's van een bepaalde beleggingsvorm.²³ De Duitse rechtspraak verlangt van de bank bij beleggingsvormen met een hoog risico over het algemeen ondubbelzinnige schriftelij-

15. Vraag is echter of het aannemen van een informatieplicht strookt met de algemene voorwaarden regeling van art. 6:231 BW e.v.

16. In BGHZ 47, 207 oordeelde het BGH het opnemen van een belastende voorwaarde in de overeenkomst, zelfs wanneer deze voorwaarde vetgedrukt of onderstreept is, onvoldoende.

17. Het is o.i. niet voldoende dat de informatie voor de gemiddelde potentiële cliënt begrijpelijk is. Dat sluit een te grote groep van bescherming door de informatieplicht uit.

18. Zie C.W. Canaris, Bankvertragsrecht I, 1988, Rdn 114 en tevens art. 26 WCK.

19. BGHZ 111, 124.

20. BGHZ 47, 207; Vgl. ook Molenaar, t.a.p., p. 107.

21. Vergelijk in het kader van kredietverlening art. 26 lid 4 Wet op het Consumentenkrediet en met name de toelichting bij dat lid, die spreekt van een 'effectief kredietvergoedingspercentage' en het mogelijk maken van een vergelijking tussen de aanbiedingen van verschillende kredietinstellingen.

22. Cass.civ.1re, 8 juni 1994, Bull. Civ. I,n. 207.

23. Zie Van der Grinten in zijn noot bij HR 13 november 1987, ✎

ke informatie.²⁴ Buiten het terrein van beleggingen kan gedacht worden aan de risico's van een gezamenlijke bankrekening, die volgens lagere Duitse rechtspraak moeten worden vermeld.²⁵ Met betrekking tot voorlichting over de risico's verbonden aan een borgtocht maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen de particuliere borg en de professionele borg. Ingevolge HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 (Van Lanschot/Bink) blijft dwaling van de borg met betrekking tot de financiële positie van de schuldenaar slechts dan voor rekening van de particuliere borg als de bank heeft voorgelicht omtrent de risico's verbonden aan de borgtocht. Aan het aannemen van deze informatieplicht staat blijkbaar niet in de weg dat de bank aanvankelijk niet bereid was het verlangde krediet te verschaffen en zich daartoe eerst bereid verklaarde nadat de borg geïnterveneerd had en bereid was gebleken zich borg te stellen. De Hoge Raad neemt de voorlichtingsplicht aan tegen de achtergrond van de nauwe familiebetrekking tussen borg en schuldenaar waardoor het gevaar van ondoordachttheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop wordt vergroot. HR 3 juni 1994, RvdW 1994, 126 (Directbank/Breda) leert dat dwaling van een professionele borg over

de risico's die hij met de borgtocht loopt, in beginsel voor zijn rekening blijft. Dit beginsel geldt echter niet indien, zoals vaak het geval zal zijn, de dwaling te wijten is aan gedragingen van de wederpartij in de zin van art. 6:228 lid 1 onder a en b. In het Duitse recht is men minder snel geneigd een informatieplicht over de risico's verbonden aan een borgtocht aan te nemen, omdat de borgtocht er juist om draait het risico van de bank te doen overgaan op de borg en een borg er niet op mag vertrouwen dat de bank mede zijn belangen in het oog houdt.²⁶ Er wordt echter mogelijk eerder een informatieplicht aangenomen als de borg al in een cliënt-relatie tot de bank staat.²⁷ Het Engelse recht brengt scherp het probleem in beeld dat het vaak niet zo zeer de bank maar de schuldenaar is die een verkeerde voorstelling van zaken veroorzaakt bij de borg. In een lijn van rechtspraak die beperkt is tot het verstrekken van borgtochten binnen – kortweg – familie-relaties wordt het bevorderen van een borgstelling door de schuldenaar door zijn 'misrepresentation' of 'undue influence' onder omstandigheden 'toegerekend' aan de bank. Een dergelijke toerekening vindt slechts dan niet plaats als de bank de borg, buiten aanwezigheid van de hoofdschuldenaar, heeft voorgelicht over de risico's en geadviseerd heeft onafhankelijk advies in te winnen. Een schriftelijke waarschuwing is in dat verband onvoldoende.²⁸ Meer in het algemeen echter, is zeer wel denkbaar dat de bank informatiemateriaal uitreikt waarin een potentiële borg er op wordt gewezen dat hij zich een reëel beeld zal moeten vormen van de risico's en zich zal moeten realiseren dat informatie daarover gegeven door de schuldenaar mogelijk te rooskleurig zal zijn. Ook zou vermeld kunnen worden dat het risico van terugbetaling door de schuldenaar aanzienlijk is indien een borgtocht later als aanvullende zekerheid verstrekt dient te worden.²⁹ De bank zal zich er van moeten vergewissen dat de borg deze informatie ook daadwerkelijk in handen krijgt. Standardisering is niet mogelijk als het gaat om informatie over de omvang van het risico in het concrete geval.

2.2.2 Voor de specifieke cliënt geldende risico's

Bijzondere risico's voor de specifieke cliënt waarvan de bank op de hoogte is of behoort te zijn³⁰ dienen te worden vermeld. Zo zullen naar Frans en Duits recht de te hoge totale lasten ten gevolge van een kredietverstrekking aan de orde moeten worden gesteld. Het Cour de Cassation veroordeelde onlangs een bank tot betaling van een schadevergoeding van een derde van de geleende som wegens het schenden van deze informatieplicht.³¹ Vergelijkbaar hiermee is de bekende rechtspraak van de KCO en thans ook van het Hof Amsterdam over te grote risico's in de optie-

24. NJ 1988, 278 (Haanstra/Coöperatieve); Bouchez en Smals, t.a.p., p. 26; K. Frielink en G.T.J. Hoff, Artikelenserie 'Geschillen in het effectenverkeer' I-VII, Bank- en Effectenbedrijf 1993-1995, II, p. 15; zie ook de uitvoerige Duitse rechtspraak bij Palandt-Heinrichs § 276, Rdn. 22 en 82.

24. Palandt-Heinrichs, § 276, Rdn. 82.

25. Canaris, Rdn. 117.

26. Zie Canaris, Rdn. 113; Ingrijpen van het Bundesverfassungsgericht zal er echter waarschijnlijk toe leiden dat hier verandering in komt, zie Palandt-Heinrichs, § 276, Rdn. 85. Voorshands wordt de bescherming van de borg verwezenlijkt via het leerstuk van het contract in strijd met de goede zeden, zie Palandt-Heinrichs § 138, Rdn. 37-38 en R.P.L.J. Tjittes, Bezwaarde verwanten, Rede VU 1996, p. 25 e.v.

27. Zie Canaris, Rdn. 113.

28. Zie Barclays Bank plc v O'Brien, [1993] 4 AllER 417 en CIBC Mortgages v Pitt [1994] 4 AllER 433 uitgewerkt in de uitspraken van het Court of Appeal, Massey v. Midland Bank [1995], 1 AllER 929, Banco Exterior Internacional v. Mann [1995], 1 AllER 936 en TBS Bank v. Camfield [1995] 1 AllER 951; zie uitvoerig Tjittes, t.a.p., p. 14 e.v.

29. Zie Van Ravenhorst, 1990, p. 140 die in dit verband spreekt van het verleggen van kredietrisico's van bank naar borg; Zie voor het Engelse recht Lloyds Bank v. Bundy (1975) QB 326.

30. Zie HR 27 mei 1975, NJ 1976, 291 (V./Credietbank) en tevens art. 28 Wet op het Consumptief Krediet ingevolge welk artikel een bank (aan consumenten) slechts krediet mag verstrekken indien zij over genoegzame inlichtingen beschikt over de kredietwaardigheid van de cliënt, om zo te bewerkstelligen dat zij op verantwoorde wijze krediet verstrekt.

31. Cass.Civ.Ire, 27 juni 1995, JCP 1996 (éd.E), II, 772, deze uitspraak betrof weliswaar een kredietverstrekking aan een

handel. Het antwoord op de vraag of wanprestatie wordt gepleegd is volgens deze rechtspraak afhankelijk van een groot aantal omstandigheden, maar de algemene lijn lijkt toch wel te zijn dat gewaarschuwd moet worden tegen risico's die naar objectieve maatstaven te groot zijn in verhouding tot het vermogen van de cliënt. Een van de objectieve maatstaven is dat de optiebeurs zelf als eis stelt dat een bepaalde dekking ('margin') voor de uitstaande opties aanwezig is.³² Een opvallend aspect van deze rechtspraak is dat het waarschuwen op zichzelf niet voldoende wordt geacht. Onder omstandigheden is de bank gehouden de dienstverlening te staken, totdat de marginverplichting is nagekomen. In het Franse en met name het Duitse recht lijkt uitgangspunt dat de bank met het waarschuwen gekwetten is, zodat het aan de cliënt is om op basis van die informatie zijn beslissing te nemen. Wel wordt gesignaleerd dat dit een weinig effectief middel is om de cliënt te beschermen tegen te hoge lasten of te hoge risico's.³³

Met betrekking tot de vraag of de bank moet voorlichten over de omvang van het risico in het concrete geval bij borgtocht liet het arrest Van Lanschot/Bink onduidelijkheid bestaan.³⁴ Licht de bank de borg voor over de risico's die in het algemeen verbonden zijn aan een borgtocht op een wijze als omschreven in 2.2.1, dan zijn wij geneigd geen informatieplicht aan te nemen over de omvang van het risico dat de borg loopt in het concrete geval.

2.3 Informatie buiten de bankdienstverlening: alternatieven en risico's

Anders dan met betrekking tot de voorwaarden en de risico's verbonden aan de dienstverlening zelf, hoeft de bank in beginsel geen informatie te verschaffen over omstandigheden en feiten die buiten die dienstverlening liggen.

2.3.1 Alternatieven

De bank is in beginsel niet verplicht de cliënt te wijzen op voor hem gunstiger transactiemogelijkheden of produkten. Canaris ziet een uitzondering voor gevallen waarin de cliënt bijzonder onervaren is en kennelijk onverstandig handelt, bijvoorbeeld door gedurende lange tijd op de ene rekening een debetsaldo te laten bestaan, terwijl dit tekort aangezuiverd zou kunnen worden met het positieve saldo op een spaarrekening.³⁵ Deze regel lijkt evenzeer uitzondering als de bank mede verplicht is de cliënt te adviseren (zie onder 4.). De bank behoeft er evenmin op te wijzen dat voor dezelfde dienst bij een andere bank gunstiger voorwaarden te verkrijgen zijn.³⁶

2.3.2 Risico's

De bank is in beginsel niet verplicht om de cliënt te wijzen op risico's die buiten de dienstverlening

van de bank zelf liggen, dat wil zeggen, risico's die niet van doen hebben met de inhoud van de verplichtingen die bank en cliënt tegenover elkaar aangaan. Zo wordt algemeen aangenomen dat er geen plicht is te waarschuwen tegen een bepaalde besteding van een krediet.³⁷ Omdat de bank een centrale rol vervult in het handelsverkeer³⁸ is zij echter veelal op de hoogte van veel informatie die voor de financiële positie van de cliënt buitengewoon belangrijk kan zijn. In de Duitse rechtspraak wordt daarom een aantal uitzonderingen op de hoofdregel aanvaard, steeds gebaseerd op het feit dat de bank zwaarwegende omstandigheden kent. Deze zwaarwegende omstandigheden moeten een weerslag hebben op de verhouding bank-client, in die zin dat de cliënt op grond van deze informatie de bankdienstverlening (waarschijnlijk) niet of onder andere voorwaarden zou hebben betrokken. Als een bank weet van een surséance of een op handen zijnd faillissement van degene met wie de cliënt een transactie wil aangaan, dan is zij tot een waarschuwing gehouden.³⁹ De cliënt zou dan immers wel eens van het krediet kunnen afzien. De waarschuwingplicht geldt eveneens als de bank weet dat een met een lening te verwezenlijken project niet meer uitgevoerd kan worden,⁴⁰ als de bank zelf door bepaalde handelingen de terugbetaling van een verstrekte lening in gevaar brengt⁴¹ en als de bank weet dat de deelname

³² particulier, maar is niet uitdrukkelijk beperkt tot particulieren. De voorbodes voor deze uitspraak waren twee uitspraken van 8 juni 1994, Bull. Civ.1, no 206 en 207; zie voor Duits recht Canaris, Rdn. 114.

³³ Zie Hof Amsterdam in HR 29 september 1995, RvdW 1995, 193 (Hendriks/ABN-Amro) in navolging van vaste rechtspraak van de KCO en Hof Amsterdam 20 november 1995, rol.no. 306/95 (Everaars/Rabo); zie ook Frielink en Hoff VI, p. 24.

³⁴ Zie Canaris, Rdn. 114.

³⁵ Zie hierover Tjittes, t.a.p., p. 57, M.M. van Rossum, Dwaling en borgtocht, NTBR 1994/8, p. 199 en B. Wessels, Overzicht der Nederlandse rechtspraak, bijzondere overeenkomsten (II), WPNR 6126 (1994), p. 163.

³⁶ Canaris, Rdn. 114.

³⁷ Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 909 en Köndgen, Die Entwicklung des Bankkreditrechts in den Jahren 1991-1993, NJW 1994, p. 1510.

³⁸ Zie recent HR 19 mei 1995, RvdW 1995, 112 (Bink/Van Lanschot); Van Ravenhorst 1990, p. 139; Palandt-Heinrich § 276, Rdn. 32; Canaris, Rdn. 110 en 114 met het argument dat kredietverstrekking een eigen belang van de bank betreft, zodat de cliënt er niet op mag vertrouwen dat de bank mede met zijn belangen rekening houdt.

³⁹ Zie Vranken 1996, p.7. Hij spreekt in dit verband van de 'spin-in-het-web positie' van de bank.

⁴⁰ Canaris, Rdn. 110-111.

⁴¹ BGH NJW 1992, 2147

41. Canaris, Rdn. 111.

van de werknemer in het bedrijf van de werkgever met aanzienlijke risico's gepaard gaat⁴². Minder aanleiding voor een informatieplicht is er in het kader van het betalingsverkeer en het verkeer met cheques. De bank hoeft de cliënt niet te laten weten dat betaling geschiedt aan een insolvable wederpartij of bank. Dit hangt samen met het massale en geautomatiseerde karakter van betalingen. De bank heeft daardoor feitelijk niet de mogelijkheid om – teneinde te kunnen waarschuwen – betalingen te blokkeren. Toch worden in het Duitse recht ook hier uitzonderingen aanvaard. De bank heeft bijvoorbeeld een waarschuwingsplicht wanneer zij op de hoogte is van de dood van iemand aan wie vaste betalingen plaatsvinden en vaststelt dat deze betalingen desondanks onverminderd doorgaan.⁴³ Het is zeer de vraag of een dergelijke uitzondering in het Nederlandse recht ingang zou kunnen vinden.

3 EEN GOEDE EN ZORGVULDIGE UITVOERING VAN DE BANKDIENSTVERLENING

In het kader van een goede en zorgvuldige uitvoering van de met de client gesloten overeenkomst dient de bank de cliënt te informeren over haar eigen handelingen met betrekking tot de dienstverlening.⁴⁴ Ook dient zij voor te lichten over beletselen voor de uitvoering van (een deel van) bankdienstverlening en tussentijdse wijzigingen in voorwaarden en risico's, met name indien en voorzover deze aanleiding kunnen vormen voor de cliënt om zijnerzijds bepaalde maatregelen te treffen ter waarborging van zijn belangen. De bank dient in dit kader te informeren over de wijze waarop zij orders uitvoert (of niet uitvoert)⁴⁵, bijvoorbeeld de wijze waarop zij te werk gaat bij de toewijzing in het kader van emissies.⁴⁶ Dat een te vage omschrijving van wat de bank in

het kader van de dienstverlening zal gaan doen onvoldoende is, kan blijken uit de rechtspraak van de KCE over 'vrije hand' vermogensbeheer. De bank is verplicht in een nadere schriftelijke overeenkomst de aard van de beleggingen die zullen worden verricht te specificeren.⁴⁷ Daarnaast moet de bank degene die een bankgarantie inroept, een sein geven als de condities daarvoor niet in vervulling zijn gegaan.⁴⁸ Zij moet degene die een cheque wil innen laten weten dat zij een cheque niet of onder voorbehoud wil uitbetalen.⁴⁹ Een informatieplicht is er ook over het feit dat er beslag op een rekening is gelegd⁵⁰ en uiteraard als zij de kredietrelatie opzegt (art. 21 ABV). Heeft een bank in het verleden medegedeeld dat een spaartegoed niet tussentijds opneembaar is en veranderen de voorwaarden zodanig dat nu wel tussentijdse opname mogelijk is, dan dient de bank daarover te informeren.⁵¹ Ook zal een bank die gelden voor een cliënt belegt de cliënt op de hoogte moeten stellen van een wezenlijke verandering van de aard van het risico.⁵²

In deze categorie kan men wellicht ook de informatie passen die de cliënt nodig heeft als hij tijdens de relatie voor bepaalde keuzemogelijkheden komt te staan. Wij zagen dat de bank al bij het aangaan van de transactie op belangrijke keuzemogelijkheden moet wijzen, maar er is veel voor te zeggen dat de bank bepaalde informatie zal moeten herhalen op het moment dat de cliënt (wellicht enkele jaren later) daadwerkelijk voor de keuze staat. Voorts zal er informatie zijn die eerst op een dergelijk moment wezenlijke betekenis krijgt, zoals bijvoorbeeld in het geval dat een cliënt een polis van een levensverzekering wilde afkopen en gelijktijdig een nieuwe aankopen, doch door de bank ten onrechte niet geïnformeerd werd dat daarmee een bepaalde 'verwerkingstermijn' gemoeid zou zijn, hetgeen voor de cliënt een behoorlijk rentenadeel opleverde.⁵³ Ook de eerder besproken informatieplicht over een overschrijding van een marginverplichting kan men in dit kader zien. Daarbij verdient aanteekening dat volgens de KCE geen waarschuwingsplicht geldt bij overschrijding van het overeengekomen dekkingspercentage in het kader van effectenkrediet, omdat het te dekken bedrag voor de cliënt eenvoudig uit te rekenen zou zijn.⁵⁴

4. ADVIES

4.1 Geen algemene adviesplicht

Nog steeds wordt als hoofdregel aangenomen dat de bank geen algemene adviesplicht heeft jegens haar cliënten.⁵⁵ De bank is ten opzichte van een groot deel van haar cliënten slechts degene die bepaalde concrete financiële diensten aanbiedt. Zo kan moeilijk een adviesplicht worden aangenomen in het kader van het openen van een rekening courant of het afsluiten van een consumenten-

42. BGH NJW 1993, 2107.

43. Canaris, Rdn. 105.

44. Zie art. 7:403 BW.

45. Frielink en Hoff VII, p. 29.

46. Frielink en Hoff III, p. 16 e.v.

47. Zie Frielink en Hoff V, p. 33.

48. HR 9 juni 1995, NJ 1995, 639 (Gesnoteg/Mees Pierson).

49. GCP TvC 1994, p. 315, woorden 'onder gewoon voorbehoud' onvoldoende begrijpelijk voor particulier; Canaris, Rdn. 107.

50. GCB TvC 1993, p. 80.

51. Zie TvC 1993, p. 332.

52. Zie KCE UB 1995/1, p. 40 e.v. en 1995/2, p. 44 e.v. inzake EMS-pools.

53. Zie GCB TvC 1992, p. 314.

54. Zie KCE UB 1993/1, p. 83; Vgl. Frielink en Hoff VI, p. 25.

55. Zie bijvoorbeeld Van Ravenhorst 1990, p. 138; Canaris, Rdn. 103.

tenkrediet. Een adviesplicht zal moeten berusten op een expliciete overeenkomst, (impliciet) afgeleid moeten worden uit de (nauwe) betrekkingen die partijen onderhouden of uit de wijze waarop de bank zich in haar reclamemateriaal ten aanzien van de bewuste dienstverlening presenteert. Gezien de manier waarop banken zich presenteren zal er tegenwoordig meer dan vroeger sprake zijn van een adviesrelatie.⁵⁶

4.2 Aansluiting bij het behoeften- en risicoprofiel van de cliënt

Een aanzienlijk deel van door banken gegeven adviezen zien op beleggingen. Een dergelijk advies zal moeten zijn toegesneden op het risicoprofiel van de cliënt. Daarmee wordt bedoeld dat de financiële transactie die wordt aangeraden geen grotere (en in uitzonderingsgevallen mogelijk ook geen kleinere) risico's in zich bergt dan de cliënt aangeeft. Maakt de cliënt zelf geen keuze voor een bepaald risiconiveau, dan zal de bank zich moeten informeren over zijn situatie en hem ook over dit risiconiveau moeten adviseren. In de Duitse literatuur wordt tevens gesproken van aansluiten bij het behoeftenprofiel van de cliënt.⁵⁷ Deze formulering past ook bij andere financiële transacties dan beleggingen en benadrukt dat een adviesrelatie meebrengt dat de bank onderzoekt wat de aard en de omvang van de door de cliënt benodigde dienstverlening is. Zowel voor wat betreft het behoeften- als het risicoprofiel zal gelden dat de bank mag afgaan op door de cliënt verstrekte mededelingen. Zij is niet gehouden nader onderzoek te doen naar de juistheid van door de cliënt verstrekte informatie.

Een voor de praktijk belangrijke vraag is of de bank die een adviesplicht jegens haar cliënt heeft, gehouden is de cliënt te wijzen op gunstiger transactiemogelijkheden bij concurrenten. Dit is mogelijk nog een brug te ver. Köndgen neemt echter aan dat de bank zonder meer gehouden is de voor de cliënt gunstigste oplossing te kiezen, wellicht zelfs buiten haar eigen dienstenpakket, indien en voorzover de bank zich opstelt als adviseur over de volledige financiële positie van de cliënt.⁵⁸

4.3 Maatstaven voor adviezen

Een gegeven advies kan onjuist of onvolledig zijn. Canaris heeft voor de beoordeling hiervan een aantal criteria ontwikkeld.⁵⁹ Een advies voldoet niet als de ter motivering van het advies gegeven feiten onjuist zijn, als niet alle voor de cliënt wezenlijke feiten zijn medegedeeld⁶⁰ of als de bank beschikt over minder informatie dan de cliënt mag verwachten bij een behoorlijk handelende bank die een advies als het onderhavige geeft, zonder daarop te wijzen.⁶¹ Zo behoort de bank te vertellen dat haar advies slechts berust op informatie afkomstig van de onderneming

waarin de cliënt overweegt te beleggen.⁶²

Deze maatstaven zien op de informatie die aan het advies ten grondslag ligt. Maar een advies kan ook onjuist zijn als niets mis is met de eraan ten grondslag liggende informatie. Canaris noemt daarvoor als criterium of de bank

'bei ihren Schlußfolgerungen gegen die Denkgesetze oder gegen allgemeine Erfahrungsgrundsätze verstößt oder die Vorsicht und Zurückhaltung außer acht gelassen hat, die bei Prognosen im allgemeinen und bei Bankempfehlungen im besonderen erforderlich sind'. De KCE toetst gegeven adviezen marginaal: kon de bank in redelijkheid tot het advies komen.⁶³ De gewone rechter zal werken met het vergelijktype van de redelijk handelende en redelijk bekwame bank. Een bank voldoet bijvoorbeeld niet aan deze norm als zij een cliënt aanraadt de koopprijs voor onroerend goed op de rekening van de verkoper over te maken in plaats van op die van de notaris.⁶⁴

5. SAMENVATTING

Het voorafgaande samenvattend heeft de bank, om te waarborgen dat de cliënt weloverwogen een overeenkomst (met een bepaalde inhoud) met haar aangaat, een informatieplicht over – met name – de wezenlijke voorwaarden en risico's verbonden aan de dienstverlening van de bank. Informatie is wezenlijk als de bank rekening behoort te houden met de mogelijkheid dat de cliënt zich op basis van deze informatie van de voorgenomen bankdienstverlening zal onthouden. Voorwaarden en risico's die steeds en in het algemeen aan de dienstverlening verbonden zijn, kan de bank eenvoudig via folders en standaardbrieven aan de cliënt overbrengen. Feiten en omstandigheden die buiten de bankdienstverlening liggen (alternatieven en externe risico's) behoeven daarentegen in principe niet te worden vermeld. Dit is slechts anders als de bank op de hoogte is van zwaarwegende risicoscheppende omstandigheden (er is hier dus geen onderzoeks-plicht).

Daarnaast is de bank gehouden de cliënt te infor-

56. Köndgen, p. 1510.

57. Köndgen, p. 1510; Palandt-Heinrichs, § 276, Rdn. 22.

58. Köndgen, p. 1510.

59. Canaris, Rdn. 101.

60. Vergelijk het criterium voor de beoordeling van het onvolledige karakter van een advies voortvloeiend uit HR 10 december 1993, NJ 1994, 667 (Van Ittersum/Rabo).

61. Zie voor jongere Duitse rechtspraak Palandt-Heinrichs, § 276, Rdn. 22.

62. BGH NJW-RR 1993, 1114.

63. Frielink en Hoff II, p. 14.

64. Zie BGH NJW 1995, 2218, eens te meer niet nu de bank aldus adviserend uitsluitend haar eigen belang behartigde.

Wetgeving

meren over haar eigen handelingen met betrekking tot de door de cliënt betrokken bankdienstverlening, beletselen voor de uitvoering van de bankdienstverlening en tussentijdse wijzigingen in voorwaarden en risico's. Dit geldt met name dan indien de bank rekening behoort te houden met de mogelijkheid dat deze informatie voor de cliënt aanleiding zal zijn voor een handelen met het oog op zijn eigen belangen.

Een door de bank gegeven advies behoort te zijn toegesneden op het behoeften- en risicoprofiel van de

cliënt. De ter motivering van het advies gegeven feiten dienen juist te zijn en het advies dient alle voor de cliënt wezenlijke informatie te omvatten. Beschikt de bank over minder informatie dan de cliënt van een redelijk handelende bank mag verwachten, dan dient zij dit mede te delen. Is de aan het advies ten grondslag liggende informatie juist en volledig dan dient het advies ten slotte een vergelijking met een advies van een redelijk handelende en redelijk bekwame bank te kunnen doorstaan.
