Knelpunt in financieel contractenrecht: zijn er voldoende individuele privaatrechtelijke remedies

Jac Rinkes

EFR 19/9/2025

De kwestie:

Kent het Europees en nationaal financieel contractenrecht een efficiënt en robuust systeem van individuele en collectieve privaatrechtelijke remedies?

Aanzet tot het vervolgen van het debat over de toekomst van het financieel contractenrecht (Busch e.a. 2021): twee stellingen en een debat

Busch, Danny, The Future of EU Financial Law (April 6, 2021). European Banking Institute Working Paper Series 2021 - no. 93 & Capital Markets Law Journal, 2022, Vol. 17, No. 1:

It remains to be seen whether all the new European rules and legislative proposals will produce a fully integrated, sustainable and digital European Capital Markets Union and a complete and smoothly functioning European Banking Union.

[…]

But one thing is certain: Europe's tentacles reach deep into financial law. No matter what finance-related topic one studies, whether it be combating money laundering and terrorist financing or issues such as deposit insurance schemes, non-performing loans, the coronavirus crisis or local products such as investment-linked policies and share leasing, one is bound sooner or later to have to deal with EU law.

uitgangspunt

Privaatrechtelijke zorgplichten in het financieel recht verschillen van bestuursrechtelijke zorgplichten (die veelal hun oorsprong vinden in het Europees financieel recht)

De term ‘zorgplicht’ schept verwachtingen, en is soms ‘zwaarwegend’, soms ‘bijzonder’(banken); Hartlief NJB 2017/18 wijst erop dat er onduidelijkheid is betreffende beschermings- en toepassingsbereik, en de aanknopingspunten missen scherpte. Dat kan leiden tot ongerechtvaardigde verschillen en inconsistentie.

De zorg voor de ander gaat voor de eigen zorgen, meestal gegrondvest op ongelijkwaardigheid (Drion NJB 2022/287)

Voorbeeld: Wissink ECLI:NL:PHR:2025:215

3.10.1 Het subonderdeel slaagt naar mijn mening niet. Het hof overwoog dat – zonder bijkomende omstandigheden – niet als juist kan worden aanvaard dat een bank die een renteswap aangaat met een wederpartij ter afdekking van renterisico, per definitie haar renteverwachting aan de wederpartij moet meedelen om te voorkomen dat deze zich met succes op schending van de zorgplicht (…) dan wel mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 BW (…) kan beroepen. Het hof onderkent met dit uitgangspunt dat zich omstandigheden kunnen voordoen die meebrengen dat de bank gehouden is haar renteverwachting aan de wederpartij mede te delen. De subonderdelen bestrijden dit uitgangspunt niet. De subonderdelen betogen dat in beginsel van dergelijke bijkomende omstandigheden sprake is op de enkele grond dat de bank bij het aangaan de een renteswap verwacht dat de marktrente ongeveer gelijk zal blijven of niet zal dalen. Dit kan naar mijn mening niet worden aangenomen.

3.10.2 De bijzondere zorgplicht van de bank strekt ertoe partijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht (HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HT:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, AA20100188 m.nt. W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh, JOR 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieverse (De T./Dexia), rov. 4.8.4; HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJ 2020/257 m.nt. J. Hijma, JOR 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos (rentederivaat ABN AMRO). Zoals het hof overweegt, kan het verstandig zijn dat iemand die nadelige gevolgen kan ondervinden van een mogelijke stijging van de marktrente, zich indekt tegen het risico dat de marktrente (tegen de verwachting van de bank in, of op een later moment dan waarop de rentevisie betrekking heeft) zal stijgen. In het licht hiervan, valt niet zonder meer in te zien dat de bank uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht de cliënt in beginsel zou dienen te informeren over haar renteverwachtingen voor een bepaalde periode. Het middel bestrijdt niet de overweging van het hof dat ook voor de bank onzeker is hoe de marktrente zich, vooral op de langere termijn, zal ontwikkelen.

3.10.3 Een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 onder b BW strekt ertoe te voorkomen dat de wederpartij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken een overeenkomst sluit. De aanbieder dient inlichtingen te verschaffen die voldoende duidelijk zijn om te bewerkstelligen dat de wederpartij tijdig inzicht kan krijgen in de wezenlijke kenmerken van dat product of die dienst. Omvang en inhoud van deze mededelingsplicht zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval (HR 4 oktober 2019, ECLI:HR:2019:1499, NJ 2020/258 m.nt. J. Hijma, JOR 2019/252 m.nt. F.P.C. Strijbos, A20200070 m.nt. D. Busch) Uitgangspunt is, kort gezegd, dat aan deze mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van de renteswap (HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJ 2020/257 m.nt. J. Hijma, JOR 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos (rentederivaat ABN AMRO). Deze mededelingsplicht betreft dus in beginsel de relevante productkenmerken.

De bijzondere zorgplicht en mededelingsplicht betreffen daarom in beginsel niet, anders dan subonderdeel 3.1 veronderstelt, de mogelijkheid voor de wederpartij om te beslissen of en zo ja in hoeverre het ondanks de verwachting van de bank dat de rente gelijk zal blijven of zal dalen, zinvol is om het risico op een stijging van de variabele rente af te dekken.

3.11 Volgens subonderdeel 3.2 geldt hetgeen in subonderdeel 3.1 is aangevoerd temeer in geval van een adviesrelatie, omdat een bank bij het adviseren van een renteswap aan haar wederpartij duidelijk moet maken waarom afdekking van het risico op stijging van de variabele rente nodig is in het licht van de redelijkerwijs te verwachten renteontwikkeling, en welke producten geschikt zijn voor dit afdekken, met uitleg over deze producten en de verschillen daartussen, zodat de klant een weloverwogen beslissing kan nemen over dit afdekken.

3.12.1 Het subonderdeel slaagt naar mijn mening niet. De kern van een uit een adviesrelatie voortvloeiende verplichting tot advisering is dat de adviseur een of meer aanbevelingen doet in het belang van zijn cliënt en de daartoe benodigde inlichtingen inwint. Dit kan een aanbeveling zijn om het renterisico af te dekken bij variabel rentende financieringsvormen (los hiervan is denkbaar dat de bank slechts wil financieren als het renterisico wordt afgedekt).

Nog een voorbeeld (S. Grundmann &N. Badehoop Eur. Rev. Contract Law 2023; 19(1): 1–36):

Hypothecaire leningen gedekt door vreemde valuta (nog toegestaan in sommige EU-lidstaten)

The importance of the discussion revolving around foreign currency indexed (household) loans for European contract law is primarily due to the fact that it triggers general principles and questions of restitution to an extent so far virtually unknown in European contract law. A whole range of problems of this one huge branch of the law of obligations – restitution in the form of damages or in the form of unjust enrichment – would seem to be addressed by these cases in a truly ground-breaking way. This includes, firstly, the regime of sanctions and restitution in the Unfair Contract Terms Directive (UCTD) – one of the few general EU Directives on contract law. This includes, secondly, the whole regime of general principles of EU (and of national) law(s) on restitution. Thirdly, this may even have constitutional dimensions, including the horizontal effect of fundamental rights for all this area. Finally, this also addresses one of the mega-questions of the last decade, namely how regulation and macro-economic structures impact on private law remedies and, on market expectations.

De vraag:

Is de bescherming van de cliënt via bestaande remedies afdoende gewaarborgd?

Basis: Mifid II

Art. 24-1. De lidstaten schrijven voor dat een beleggingsonderneming zich bij het aan cliënten verlenen van beleggingsdiensten of, in voorkomend geval, nevendiensten, op eerlijke, billijke en professionele wijze inzet voor de belangen van haar cliënten en met name de in dit artikel en in artikel 25 neergelegde beginselen in acht neemt.

Geschiktheid: art.25-1. De lidstaten schrijven voor dat beleggingsondernemingen waarborgen en op verzoek van de bevoegde autoriteiten aantonen dat natuurlijke personen die beleggingsadvies of informatie over financiële instrumenten verstrekken, of beleggingsdiensten of nevendiensten aan cliënten verlenen namens de beleggingsonderneming, over de nodige kennis en bekwaamheid beschikken om hun verplichtingen overeenkomstig artikel 24 en onderhavig artikel na te komen.

Wft art. 4:24a-

1 Een financiëledienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht.

2 Een financiëledienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde. […]

Busch vraagt zich af: ‘ It remains to be seen whether all the new European rules and legislative proposals will produce a fully integrated, sustainable and digital European Capital Markets Union and a complete and smoothly functioning European Banking Union.’ (met de kanttekening ‘als de EU blijft bestaan…’)

Waldhoff (Zeitschrift für Politik, Vol. 66, No. 1 (März 2019), pp. 98-114) is cynischer: ‚Governance through statute law is threatened from various directions: The governing function of parliamentary statute law is disputed by intellectual discourse without offering alternatives acceptable in terms of democratic theory; longings for outdated ideas of the law regularly revive in ideal images.’

Dus: wat nu?

Stelling 1: door wetgevers en rechters wordt teveel gefocussed op het type contract, en niet op de partijen (cf. Dalhuisen, Transnational contract law, Hart 2022 Pt 1).

- Aard/hoedanigheid van partijen of type contract als uitgangspunt? Denken in rechtsverhoudingen en zakelijke transacties.
- Zie ook Van Boom 2023 (ruilrechtvaardigheid en privaatrecht)
- en (Wulf, Bouwman) de opkomst van AI gegenereerde contractspartijen (Bergamaschi Ganapini & Panai, AI-enhanced nudging, American Philosophical Quarterly, Volume 62, Number 3, July 2025.

Stelling 2: de gemiddelde consument bestaat niet

Moet het begrip “gemiddelde consument” (richtlijn OHP), opgevat als een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument - wegens de elasticiteit en onbepaaldheid ervan - niet worden geformuleerd in het licht van de beste wetenschappelijke kennis en ervaring, en bijgevolg verwijzen naar niet alleen het traditionele begrip van de homo economicus, maar ook naar aanvaarde recentere theorieën over beperkte rationaliteit die hebben aangetoond dat personen bij hun handelen de noodzakelijke informatie vaak beperkt begrijpen en beslissingen nemen die “irrationeel” zijn in vergelijking met de beslissingen die een hypothetische omzichtige en oplettende persoon zou hebben genomen, uit welke aanvaarde theorieën volgt dat de betrokken consumenten beter moeten worden beschermd tegen het - in de moderne marktdynamieken steeds vaker voorkomende - gevaar van cognitieve beïnvloeding?’

Antwoord HvJEU zaak C-646/22 ECLI:EU:C:2024:957 (Compass Banca SpA)

het begrip „gemiddelde consument” in de zin van deze richtlijn (OHP) moet worden gedefinieerd door uit te gaan van een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument. Een dergelijke definitie sluit echter niet uit dat de besluitvaardigheid van een persoon kan worden verstoord door vormen van dwang, zoals cognitieve vertekeningen.

(Maar koppelverkoop lening en verzekering is niet op zichzelf een agressieve verkoopmethode.)

discussiepunt

Is vooral aandacht van de EU en nationale wetgevers nodig voor collectieve bescherming (publiekrecht) of juist voor nieuwe individuele/collectieve privaatrechtelijke remedies in het financiële recht?

Er is al veel voorhanden (maar is dat voldoende naast nationale remedies?): AV richtlijn, OHP, en specifieke civielrechtelijke remedies bestaan al bij EU regelingen betreffende mededinging, kartelschade (zie recent ECLI:NL:HR:2025:945 en 414), marktregulering en marktmisbruik: civil liability & enforcement.

Het debat:

HOOG TIJD VOOR EEN DEUGDELIJK FINANCIEEL CONTRACTENRECHT: N. Badenhoop, Individual protection goals in EU banking regulation – a process towards private law enforcement, Hs 8 in S. Grundmann en P. Sirena, European Contract Law in a Changed Banking and Financial Architecture, Antw/Oxf 2024

VS:

NIET NODIG: Cherednychenko, ERCL 2014; 10(4): 476–495: een hoog niveau van zelfstandig en coherent Europees financieel consumentenrecht is gradueel van belang, en geen voorwaarde voor optimale consumentenbescherming.

Argumenten vóór en tegen

Aself-sufficient European contract law presupposes the existence ofan EU-made and EU-enforced contract-related legal order which is largely distinct and independent from national private legal orders (Cherednychenko), en dat ontbreekt, mist een basis in de EU-verdragen, (Privaatrecht is nationaal) en is niet nodig want de aanzet is er al.

Nationaal privaatrecht is direct verweven met Europees recht, en moet in dat kader worden uitgelegd en uitgebouwd (Busch, Vranken, Een wereld van verschil (2025), waarover Mak &Pavillon NTBR 2025/3). Probleem: rol van de HR bij extensieve uitbreiding van de BW regels over dwaling, bedrog, wanprestatie, OD bij financiële contracten.

Kanttekeningen (Badenkoop):

Private handhaving is een Leitmotiv van EU-regulering, de Bankenunie beoogt investeerders te beschermen

Strengere handhaving individuele rechten is nodig:- zie HvJEU Parodi (C-222/95), consumentenbescherming is een principe van het EU recht (TFEU art. 169); Peter Paul (C-222/02), over de aansprakelijkheid van toezichthouders voor door gebrekkig toezicht veroorzaakte schade (mag, zoals in NL, nationaal worden uitgesloten), Bankinter (C-604/11), invloed van privaatrecht op Mifid is er, maar nog niet geharmoniseerd.

Regeling marktmisbruik: ziet op bescherming investeerders

Mifid II: honestly, fairly and professionally [handelen] in accordance with the best interests of its clients

CRD en CRR: bescherming van depositors and investors

Het gaat hierbij om een collectief doel; bescherming van de groep als geheel. Dit is nauw verweven met marktstabiliteit, maar de vraag is of dat individueel of collectief consequenties moet hebben.

Systematisch en historisch gaat het om INDIVIDUELE bescherming, zie bijv. de 1e Bankenrichtlijn en de kredietwaardigheidstoets zoals ontwikkeld in het consumentenkredietrecht (zie rechtspraak HvJEU). Dan moeten er ook consistente remedies zijn/komen.

Tegenstelling:

Moet het financieel contractenrecht uitgebouwd worden buiten de sectorale grenzen van alle toepasselijke (deel) regelingen (Hellgardt 2016), of gaat het hier slechts om 'implied rights' (Della Negra & Cherednychenko)

De lege lata: welke regels bestaan volgens het geldende recht zoals contractsuitleg, nietigheid, schadevergoeding (lukt niet via toezicht)

De lege ferenda (zoals het zou moeten zijn, nog niet bestaand recht): privaatrechtelijke sancties standaard opnemen in regulering, art. 114 TFEU, zie als voorbeelden kartelschade, prospectusaansprakelijkheid, transparantierichtlijn, etc.

Doel: effectiviteit en gelijkwaardigheid van partijen bereiken

Redenen:

1 betere bescherming is nodig (bestaand recht niet effectief)

2 systematisch: overeenkomsten tussen bankenregulering, regeling van kapitaalmarkten en mededinging (er is dus een basis)

3 bestaande zorgplichten en de kredietwaardigheidstoets (Mifid, Cons. krediet)

4 individuele handhaving van consumentenbeschermende regels zijn een uitgangspunt van Europees en nationaal recht.

Débat