

# Relativiteit, eigen schuld en de collectieve actie

Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 27 november 2015,  
ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Stichting  
Gedupeerde Beleggers/ABN Amro)

*Mr. drs. D.F.H. Stein* \*

## 1 Inleiding

In hoeverre staat onvoorzichtigheid van de belegger in de weg aan diens bescherming door de bancaire zorgplicht? Dat is een van de vragen die speelden in het arrest dat de Hoge Raad op 27 november 2015 wees in een collectieve actie tegen ABN Amro. Eiseres in deze procedure was de Stichting Gedupeerde Beleggers Van den Berg, een stichting die – zoals de naam al doet vermoeden – opkomt voor de belangen van beleggers die gedupeerd zijn door de heer Van den Berg. Van den Berg werd in 2005 failliet verklaard als gevolg van een door hem opgezet ‘piramidespel’. Hij verleidde (veelal) particulieren om geld bij hem te beleggen, in ruil voor aanzienlijke rendementen.<sup>1</sup> In plaats van de inleg te beleggen om daarmee dit rendement te genereren, gebruikte Van den Berg de inleg van nieuwe beleggers om de inleg van eerdere beleggers en hun rendement (terug) te betalen. Duurzaam is dit systeem vanzelfsprekend niet. Van den Berg kon uiteindelijk niet langer zijn opeisbare schulden voldoen en werd in staat van faillissement verklaard.

In dit artikel bespreek ik het arrest van de Hoge Raad, waarbij ik mij richt op het relativiteitsvereiste.<sup>2</sup> Allereerst schets ik daartoe het procesverloop (par. 2). Daarna ga ik in op de onvoorzichtigheid aan de zijde van de beleggers vanuit de vraag op welke wijze deze in het oordeel omtrent aansprakelijkheid en schadevergoeding kan worden verdisconteerd (par. 3), en ga ik in op de vraag in hoeverre het mogelijk is om in een collectieve actie een oordeel te krijgen over het beschermings-

bereik van een geschonden norm (par. 4). Ik sluit af met een conclusie waarin ik een antwoord formuleer op deze vragen (par. 5).

## 2 Feiten en procesverloop

De betalingen aan en door Van den Berg verliepen hoofdzakelijk via twee bankrekeningen die hij aanhield bij (een rechtsvoorganger van) ABN Amro te Hilversum. De heer Van den Berg verrichtte activiteiten die door de voorloper van de Wet op het financieel toezicht (Wft) werden gereguleerd,<sup>3</sup> zonder dat aan de geldende voorschriften was voldaan. De stichting verwijt de bank dat zij een op haar rustende bancaire zorgplicht jegens de beleggers heeft geschonden door onvoldoende (tijdig) onderzoek te doen naar de transacties op de betaalrekeningen, die – zo stond tussen partijen vast – ‘in hoge mate ongebruikelijk’ waren.<sup>4</sup> De stichting vordert verklaringen voor recht dat (1) ABN Amro onrechtmatig heeft gehandeld jegens de beleggers die gelden aan Van den Berg hebben toevertrouwd en gedupeerd zijn als gevolg van zijn faillissement, (2) dit onrechtmatig handelen aan de bank kan worden toegerekend, en (3) de geschonden norm strekt tot bescherming tegen schade zoals door de beleggers is geleden.<sup>5</sup> Het betoog van de stichting gaat ervan uit dat indien de bank wél tijdig onderzoek had gedaan, het ontbreken van een vergunning eerder was ontdekt én dat een deel van de beleggers daardoor minder of geen schade zou hebben geleden.

### 2.1 Eerste aanleg

De Rechtbank Rotterdam wees in eerste aanleg twee van de drie gevorderde verklaringen voor recht toe. Zij oordeelde dat

\* Mr. drs. D.F.H. Stein is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. De auteur dankt Wouter den Hollander voor zijn commentaar op eerdere versies van dit artikel.

1. Soms tot wel 200% per jaar, zie Rb. Rotterdam 13 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR1592, JOR 2011/335 m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 4.30.  
2. De bijzondere zorgplicht van de bank jegens derden is op zich al de moeite van het bespreken waard, in het bijzonder de omstandigheden waaronder schending daarvan aan de bank kan worden toegerekend en de vraag in hoeverre wetenschap of ‘gevaarsbewustzijn’ van de bank vereist is voor aansprakelijkheid. Ik laat deze aspecten buiten beschouwing, omdat hierover in dit tijdschrift een separaat artikel zal verschijnen.

3. Zo was sprake van het aantrekken van opvorderbare gelden (het huidige art. 3:5 Wft) en van het aanbieden van effecten aan het publiek (thans art. 5:2 e.v. Wft).

4. Rb. Rotterdam 13 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR1592, JOR 2011/335 m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 4.16.

5. Kenbaar uit HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, JOR 2016/34 m.nt. F.M.A. 't Hart (Stichting Gedupeerde Beleggers/ABN Amro), r.o. 3.2.

de maatschappelijke functie van een bank een zorgplicht meebrengt jegens derden tot wie de bank zelf niet in een contractuele relatie staat, maar met wier belangen de bank wel rekening moet houden.<sup>6</sup> De rechtbank achtte de ongebruikelijke transacties, in samenhang met het gegeven dat de bank kennis had van (een deel van) de betalingsopdrachten door Van den Berg, voldoende om een onderzoeksplicht aan te nemen. De rechtbank achtte het niet doen van dergelijk onderzoek onrechtmatig en rekende deze omstandigheden volgens verkeersopvatting toe aan de bank.<sup>7</sup>

Dan het relativiteitsvereiste. Volgens de bank was daaraan niet voldaan omdat de beleggers zich dusdanig onvoorzichtig hadden gedragen dat zij zich daarmee hadden 'onttrokken' aan het beschermingsbereik van de bancaire zorgplicht. De rechtbank overwoog dat indien komt vast te staan dat de beleggers 'tegen beter weten in' hebben gehandeld, zij zich er inderdaad niet op kunnen beroepen dat de bank onzorgvuldig heeft gehandeld jegens hen. De rechtbank oordeelt dat hiervoor een onderzoek nodig is naar individuele omstandigheden aan de zijde van de beleggers, waarvoor in een collectieve actie geen plaats is. Zij wijst deze verklaring voor recht af.

### 2.2 Appel

In appel keren beide partijen zich (onder meer) tegen het oordeel van de rechtbank omtrent de reikwijdte van de bancaire zorgplicht. Strekt deze ook tot bescherming van onoplettende en/of onvoorzichtige beleggers?

Het hof stelt voorop dat de bancaire zorgplicht mede strekt tot bescherming tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan kunde en inzicht van de belegger. Om die reden staat onzorgvuldig of lichtvaardig handelen van de belegger niet in de weg aan diens bescherming door de bancaire zorgplicht. Eventuele individuele omstandigheden kunnen daar weliswaar aan afdoen, maar voor weging van dergelijke omstandigheden is in een collectieve actie geen plaats. Zij kunnen – als kwesties van 'eigen schuld' – pas aan de orde komen in eventuele opvolgende schadevergoedingsprocedures of schadeafwikkelingen (r.o. 33).<sup>8</sup>

Het hof trekt deze gedachtegang door naar zijn oordeel omtrent het beschermingsbereik van de bancaire zorgplicht (r.o. 37):

'Evenmin als onvoorzichtig of verwijtbaar gedrag van beleggers bepalend is bij het vaststellen van de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht van de bank (zie hiervoor onder 33), is dergelijk gedrag bepalend voor het antwoord op de vraag of de geschonden norm ook in het concreet

voorliggende geval strekt tot bescherming van de desbetreffende persoon en de wijze waarop in dit geval de schade is ingetreden. Dit soort omstandigheden aan de zijde van de individuele beleggers spelen in beginsel geen rol bij de vaststelling van de inhoud of de strekking van de norm en kunnen, zoals reeds overwogen onder 33, aan de orde komen in individuele gedingen tussen een belegger en de Bank bij de vraag of sprake is van eigen schuld aan de zijde van een belegger.'

Opvallend is dat het hof vervolgens een uitzondering maakt:

'Slechts in geval van opzet of daaraan grenzende (bewuste) roekeloosheid aan de zijde van de belegger is dat anders, omdat de geschonden norm niet kan worden geacht te strekken tot bescherming van degene die met opzet of bewust roekeloos handelt. Ook hier geldt evenwel dat deze omstandigheden aan de orde kunnen komen in een individueel geding tussen de bank en een belegger. De bank heeft niet aannemelijk gemaakt dat bij het merendeel of bij een substantieel gedeelte van de beleggers sprake is geweest van opzet of bewuste roekeloosheid. De eventuele aanwezigheid van onvoorzichtigheid of verwijtbaarheid, en zelfs van roekeloosheid of opzet, aan de zijde van een of meer individuele beleggers staat derhalve niet in de weg aan een verklaring voor recht in dit op de voet van artikel 3:305 BW gevoerde geding, dat de bijzondere zorgplicht van de bank strekt ter bescherming van (de in overweging 31 en 32 bedoelde) beleggers die schade lijden of hebben geleden door schending van die norm.'

Anders dan de rechtbank is het hof dus van oordeel dat alle drie de gevorderde verklaringen voor recht kunnen worden toegewezen. Het hof wijst de gevorderde verklaringen echter nog niet toe, maar stelt de bank in de gelegenheid om (tegen)bewijs te leveren dat de bank géén wetenschap had van de transacties en de ongebruikelijke aard daarvan (in welk geval van onrechtmatigheid geen sprake is).

### 2.3 Cassatie

Het door de bank ingestelde (principale) cassatieberoep richt zich tegen de hiervoor besproken oordelen van het hof. Het middel strekt in de eerste plaats ten betoge dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat de bancaire zorgplicht jegens derden mede beschermt tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Zou de bancaire zorgplicht jegens derden *niet* ook daartegen beschermen, dan zou het beschermingsbereik van de bancaire zorgplicht in deze verhouding minder ruim zijn dan in de verhouding tot klanten van de bank. De Hoge Raad gaat hierin echter niet mee (r.o. 4.3):<sup>9</sup>

'Het onderdeel faalt. Zoals hiervoor in 4.1 is overwogen, brengt de maatschappelijke functie van een bank een bij

6. Vgl. HR 23 december 2005, NJ 2006/289 m.nt. M.R. Mok (Safe Haven), r.o. 6.3.2. Zie eveneens HR 27 november 2009, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (World Online).

7. Rb. Rotterdam 13 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR1592, JOR 2011/335 m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 4.26.

8. Het hof verwijst in dit kader naar HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (World Online).

9. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Stichting Gedupeerde Beleggers/ABN Amro), r.o. 4.3.

zondere zorgplicht mee tegenover derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Die maatschappelijke functie hangt ermee samen dat banken een centrale rol spelen in het betalings- en effectenverkeer en de dienstverlening terzake, op die gebieden bij uitstek deskundig zijn en terzake beschikken over informatie die anderen missen. Die functie rechtvaardigt dat de zorgplicht van de bank mede strekt ter bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan kunde en niet is beperkt tot zorg jegens personen die als klant in een contractuele relatie tot de bank staan.’

Daarnaast meende de bank dat onvoorzichtig of verwijtbaar handelen van beleggers reeds in een collectieve actie dient te worden meegewogen (in het kader van het relativiteitsvereiste), en niet pas nadien in een afzonderlijke procedure aan de orde dient te komen (in het kader van ‘eigen schuld’). De bank vindt echter (ook) bij de Hoge Raad geen gehoor (r.o. 4.4).<sup>10</sup>

‘Dit betoog kan niet worden aanvaard. Bij de beantwoording van de vraag of de Bank onzorgvuldig en dus onrechtmatig heeft gehandeld, dient te worden geabstraheerd van bijzondere omstandigheden aan de zijde van de beleggers (vgl. het arrest *Safe Haven* onder 7.3). Die omstandigheden zijn pas relevant bij vragen omtrent bijvoorbeeld schade(omvang), causaal verband en eigen schuld. Een andere opvatting zou toepassing van art. 3:305a BW onaanvaardbaar beperken (vgl. rov. 4.8.1 van HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (World Online)).

Ook het beroep van de Bank op “collectieve eigenschappen” van de achterban van de Stichting faalt. Nu de zorgplicht van de Bank mede strekt ter bescherming van beleggers tegen eigen lichtvaardigheid en het gebrek aan kunde en inzicht, en de Bank bij het bepalen van haar houding ten opzichte van de activiteiten op de rekeningen van [betrokkene 1] geen kennis had van de individuele of collectieve omstandigheden van de beleggers, kan niet op voorhand, los van de omstandigheden van ieder concreet geval, worden geoordeeld dat – zoals de Bank in wezen bepleit – die zorgplicht zich niet uitstrekte tot de gehele achterban van de Stichting dan wel dat die gehele achterban anderszins aan de bescherming van die zorgplicht is onttrokken.’

### 3 Het beschermingsbereik van de bancaire zorgplicht en de onvoorzichtige belegger

#### 3.1 Onvoorzichtigheid aan de zijde van de belegger

Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de door de bank jegens *haar cliënten* in acht te nemen bancaire zorgplicht

mede strekt tot bescherming tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht van de cliënt.<sup>11</sup> De Hoge Raad maakt nu duidelijk dat de bijzondere zorgplicht van de bank jegens *derden* op dit punt niet wezenlijk verschilt van de bancaire zorgplicht jegens haar cliënten (r.o. 4.3).<sup>12</sup> Is sprake van een bancaire zorgplicht, dan is de bank niet van die plicht bevrijd doordat degene jegens wie deze plicht in acht moet worden genomen lichtvaardig of onkundig heeft gehandeld, ongeacht of het gaat om een cliënt of een derde.

Ook maakt de Hoge Raad duidelijk dat voor weging van onvoorzichtig gedrag aan de zijde van de belegger in een collectieve actie geen plaats is (r.o. 4.4). Uit het arrest wordt niet aanstonds duidelijk *waarom* dat zo is. Gaat het erom dat in een collectieve actie nu eenmaal van individuele omstandigheden moet worden geabstraheerd (zodat dergelijke omstandigheden aan de zijde van de benadeelden niet kunnen worden meegewogen), of gaat het erom dat een dergelijk beroep kwalificeert als een ‘eigen schuld’-kwestie, die pas in de omvangsfase – en daarmee buiten de collectieve actie – aan de orde kan komen?

#### 3.2 Dogmatische inpassing

Het betoog dat de benadeelde zich door zijn gedrag kan ‘onttrekken’ aan de bescherming van een norm, geeft uitdrukking aan het rechtsgevoel dat iemand die zich onbehoorlijk gedraagt in rechte minder bescherming verdient dan iemand van onbesproken gedrag.<sup>13</sup> Daarbij kan het gaan om gelijke normschending door de benadeelde (zogenoeten ‘in pari delicto’-gevallen<sup>14</sup>), maar ook om onvoorzichtigheid of onzorgvuldigheid zónder dat sprake is van een normschending. Zo handelt iemand die meerijsdt in een auto en tegen beter weten in zijn autogordel niet draagt, en vervolgens schade oploopt doordat de bestuurder een ongeluk veroorzaakt, mogelijk der-

10. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Stichting Gedupeerde Beleggers/ABN Amro), r.o. 4.4.

11. Aldus HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192 m.nt. C.J. van Zeben (Rabobank/Everaars), r.o. 3.3. Zie voor een overzicht van de rechtspraak op dit punt HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012 en ECLI:NL:HR:2016:2015 (X/Dexia).

12. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Stichting Gedupeerde Beleggers/ABN Amro), r.o. 4.3.

13. Vgl. bijv. art. 6:235 lid 3 BW, op grond waarvan een partij die zich beroept op de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden van haar wederpartij, geen gehoor vindt indien zij zelf herhaaldelijk dezelfde of nagenoeg dezelfde voorwaarden hanteert. Zie voor andere voorbeelden uit het contractenrecht H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002 en A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht* (diss. Groningen) (Serie Recht en Praktijk, deel 127), Deventer: Kluwer 2003, p. 9 e.v.

14. Afgeleid van het Latijnse adagium ‘in pari delicto potior est condicio defenditis’ (wat zoveel betekent als ‘bij gelijke onrechtmatigheid is de positie van de gedaagde sterker’). De benadeelde verkeert slechts ‘in pari delicto’ als hij niet alleen *dezelfde norm* heeft geschonden, maar ook in *dezelfde mate*. Zie hierover I. Haazen, *Schade in een niet-rechtmatig belang*, WPNR 2009/6816, p. 831 en S.D. Lindenbergh, *Ore Stabit*. Het Engelse recht verkiest het Latijn als leverancier van puntige wijsheden, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 578. J.B.M. Vranken, in zijn noot onder HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492 (Io Vivat), nr. 5-7, weersprekt dat sprake is van een in Nederland erkend ‘in pari delicto’-leerstuk.

mate onzorgvuldig jegens zichzelf dat hij de bestuurder niet of in mindere mate tot schadevergoeding kan aanspreken.<sup>15</sup> Ook een belegger die een advies niet opvolgt en vervolgens schade lijdt, kan mogelijk niet zijn gehele schade op de adviseur verhalen. Dergelijke omstandigheden aan de zijde van de benadeelde kunnen dogmatisch op verschillende wijzen worden ingepast: zowel via de band van de (relatieve) onrechtmatigheid, via het beschermingsbereik van de geschonden norm, als via de eigen schuld.<sup>16</sup>

#### *(Relatieve) onrechtmatigheid*

In de eerste plaats is denkbaar dat bij de benadeelde die zich eveneens onbehoorlijk gedraagt, minder snel sprake is van een onrechtmatige gedraging *jegens hem* ('relatieve onrechtmatigheid', art. 6:162 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Een verhoging van de onrechtmatigheidsdrempel is zichtbaar in sport- en spelsituaties.<sup>17</sup> Op vergelijkbare wijze kan men redeneren dat een gedraging minder snel onrechtmatig is jegens iemand die zelf evenmin 'schone handen' heeft.<sup>18</sup> Voor ongeschreven zorgvuldigheidennormen geldt dat zij soms sterk zijn toegesneden op de persoon van de benadeelde. Een dergelijke norm bestaat dan slechts *jegens* de benadeelde, zodat de vraag of onrechtmatig is gehandeld, samenvalt met de vraag of onrechtmatig is gehandeld jegens de benadeelde.<sup>19</sup> Onrechtmatigheid 'in abstracto' en onrechtmatigheid 'in concreto' vallen dan ineen.<sup>20</sup> Ook ongeschreven zorgvuldigheidennormen – zoals de bancaire zorgplicht – worden echter veelal in alge-

mene bewoordingen geformuleerd,<sup>21</sup> zodat ook daar de vraag speelt of een norm is geschonden *jegens de benadeelde*.

#### *Het beschermingsbereik van de geschonden norm*

Ook via het beschermingsbereik van de geschonden norm (art. 6:163 BW) kunnen omstandigheden aan de zijde van de benadeelde worden meegewogen. Een partij kan zich 'onttrekken' aan het beschermingsbereik van een norm door zich evenmin naar die norm te gedragen.<sup>22</sup> Bekend is het Io Vivat-arrest (2007), waar het ging om een door een studentenvereniging georganiseerd zeilevenement. Tijdens dit evenement kwam een lekkende gasfles in een van de kajuiten tot ontploffing. De Groot, zelf belast met het toezicht tijdens dit weekend, liep brandwonden op en verweet de vereniging in rechte dat zij een op haar rustende (zorg)plicht had geschonden door onvoldoende toezicht te houden. De Hoge Raad oordeelde echter dat 'de aldus geschonden norm niet strekt tot bescherming van De Groot nu deze zich als (mede-) organisator van het zeilweekende zelf ook niet naar die norm heeft gedragen'.<sup>23</sup>

#### *De 'eigen schuld'-correctie*

Ten slotte kan ook via de 'eigen schuld'-correctie worden bereikt dat gedragingen van de benadeelde in het rechterlijk oordeel worden verdisconteerd. Deze mogelijkheid komt pas aan de orde in de omvangsfase en verschilt van de hiervoor geschetste routes.<sup>24</sup> Staan (de mogelijkheid van) schade, een toerekenbare onrechtmatige gedraging en het *condicio sine qua non*-verband daartussen vast, maar is de schade mede het gevolg van aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden, dan wordt de verplichting tot schadevergoeding verminderd in evenredigheid met de mate waarin deze omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen (art. 6:101 lid 1 BW).<sup>25</sup> Het gaat daarbij om een causaliteitsafweging. De 'eigen schuld'-correctie kent daarnaast een billijkheidscomponent. Via deze route kan wegens eigen schuld van de benadeelde worden bereikt dat de vergoedingsplicht geheel vervalt – of juist geheel in stand blijft – indien de billijkheid dat vordert (art. 6:101 lid 1, slot, BW). Met haar evenredigheidsbenadering is de 'eigen schuld'-correctie fijnmaziger dan de alles-of-nietsbenadering van de relativiteit. Bij schending van bancaire zorgplichten, die mede strekken tot bescherming tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht, is hierbij tevens van belang dat in het kader van de causaliteitsafweging fouten aan de zijde van de cliënt volgens vaste rechtspraak in beginsel minder

15. Vgl. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 272.

16. Ook is het denkbaar gedragingen van de benadeelde als rechtvaardigingsgrond te beschouwen, of als rechtsverwerking op grond van de redelijkheid en billijkheid. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/137. Voorts kan het gedrag van de benadeelde ook dermate van invloed zijn op het ontstaan van schade dat geen sprake is van een *condicio sine qua non*-verband. Ik laat deze aspecten rusten, omdat het hier besproken arrest geen aanleiding geeft tot bespreking ervan.

17. Zie C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 55, met verdere literatuurverwijzingen.

18. Zie bijv. HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:AG2064, NJ 1964/434 m.nt. G.J. Scholten (Scholtens Aardappelfabriek). Idem: HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0070, NJ 1991/474 m.nt. E.A.A. Luijten (SHV/Nauta), r.o. 3.2. Ook HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 m.nt. C.J.H. Brunner (Taams/Boudeling), r.o. 3.6, zou in deze lijn kunnen worden geplaatst. Zie over het 'clean hands'-beginsel in het Nederlandse burgerlijk recht M.J. van Laarhoven, *Unclean hands in the Netherlands*, in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 59 e.v. en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Vuile handen en relativiteit*, Bb 2007, p. 71-74.

19. Zie Sieburgh 2000, p. 73-77 en S.D. Lindenbergh, *De betrekkelijkheid van de geschonden norm*, TPR 2008, afl. 5, p. 907-911. Dit is bijv. zichtbaar in de jurisprudentie van de Hoge Raad over bodemverontreiniging, waarin slechts een zorgvuldigheidennorm bestaat voor zover de aangesproken partij rekening diende te houden met de voorzienbare belangen van de benadeelde, zie HR 9 februari 1990, NJ 1991/462 m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Van Amersfoort), HR 24 april 1992, NJ 1993/643 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Wijngaarden/Staat) en HR 30 september 1994, NJ 1996/196-198 m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Shell).

20. Vgl. over dit onderscheid A.G. Castermans & P.W. den Hollander, *Dwaling tussen privaatrecht en publiekrecht*, WPNR 2012/6940, p. 573.

21. T. Hartlief, *Zorgplichten in het onrechtmatigedaadsrecht. Uitmijning en begrenzing*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (Serie Onderneming en Recht, deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 491 e.v.

22. HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463 m.nt. H.E. Broring (Maas/Willems).

23. HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492 m.nt. J.B.M. Vranken (Io Vivat), r.o. 3.6.4.

24. Zie HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0070, NJ 1991/474 m.nt. E.A.A. Luijten (SHV/Nauta), r.o. 3.3.

25. Deze toerekening is niet beperkt tot schuld (verwijtbaarheid), zodat van eigen 'schuld' geen sprake hoeft te zijn.

zwaar wegen dan fouten van de bank.<sup>26,27</sup> Het is mijns inziens de vraag in hoeverre deze jurisprudentie ook opgaat voor *niet-clianten*, zoals de beleggers om wie het in de collectieve actie ging. In ieder geval ontbreekt voor het relativiteitsvereiste een dergelijk uitgewerkt toetsingskader.<sup>28</sup>

#### *De visie in de literatuur*

In zijn proefschrift (1965) onderscheidde Bloembergen verschillende vormen van toerekenbaar gedrag aan de zijde van de benadeelde. Hij maakte onderscheid tussen (1) *onrechtmatig* gedrag van de benadeelde, (2) diens *onzorgvuldigheid*, en (3) omstandigheden die in zijn *risicosfeer* vallen: in het eerste geval handelt de benadeelde zelf ook onrechtmatig, terwijl hij in het tweede geval slechts zijn eigen belangen veronachtzaamt, en er in het derde geval simpelweg omstandigheden voor zijn rekening (dienen te) komen.<sup>29</sup>

Het onderscheid tussen onrechtmatig en onzorgvuldig gedrag van de benadeelde is overtuigend en vindt ook vandaag de dag weerklank.<sup>30</sup> Tjong Tjin Tai is hierin het duidelijkst. Hij ziet verschil tussen gevallen waarin 'de eiser zelf onrechtmatig heeft gehandeld jegens de laedens' en gevallen waarin 'eiser onzorgvuldig was jegens zichzelf'.<sup>31</sup> Volgens Tjong Tjin Tai is dit onderscheid relevant voor de vraag op welke wijze dergelijk gedrag dogmatisch moet worden ingepast. Gedrag van de benadeelde staat volgens hem slechts aan relativiteit in de weg indien het gaat om *onrechtmatig* gedrag (de eerste categorie), terwijl onzorgvuldig gedrag (de tweede categorie) niet afdoet aan de relativiteit van de geschonden norm, maar 'slechts' via de band van de eigen schuld tot vermindering of uitsluiting van aansprakelijkheid kan leiden. Met andere woorden: zuivere 'in pari delicto'-gevallen kunnen via de band van de relativiteit worden opgelost, terwijl ander verwijtbaar of onzorgvuldig gedrag eigen schuld oplevert.<sup>32</sup>

#### *3.3 Het oordeel van de Hoge Raad in de collectieve actie*

Het oordeel van de Hoge Raad maakt duidelijk dat het beroep van de bank op onvoorzichtigheid van de beleggers niet in de weg staat aan een verklaring voor recht in een collectieve actie dat de geschonden norm strekt tot bescherming van de beleggers tegen de door hen geleden schade. Voor een beroep op onvoorzichtigheid van de benadeelde lijkt in een collectieve actie daarmee nauwelijks ruimte. Hoe moet dit oordeel dogmatisch worden ingepast?

In de eerste plaats is denkbaar dat de Hoge Raad onvoorzichtigheid van de belegger ziet als een kwestie van eigen schuld, waarvoor in een collectieve actie geen plaats is. Dit is in lijn met de visie in de literatuur, nu het veeleer gaat om onvoorzichtigheid aan de zijde van de belegger en niet om onrechtmatigheid van de belegger jegens de bank. Ook uit de rechtspraak waarnaar de Hoge Raad verwijst, volgt dat onvoorzichtig gedrag (als 'eigen schuld'-kwestie) niet in een collectieve actie aan de orde komt.<sup>33</sup>

In de tweede plaats kan de Hoge Raad bij het beroep op onvoorzichtigheid van de beleggers het oog hebben gehad op het ontbreken van relativiteit. Ziet de Hoge Raad die onvoorzichtigheid als 'lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht', dan volgt reeds daaruit dat het beroep van de bank niet slaagt, omdat de bancaire zorgplicht ook daartegen beschermt (r.o. 4.3). Aan het einde van r.o. 4.4 oordeelt de Hoge Raad dat het beroep van de bank op 'collectieve eigenschappen' van de achterban van de stichting niet slaagt, omdat niet op voorhand kan worden geoordeeld dat de zorgplicht zich niet uitstrekte tot de gehele achterban, 'dan wel dat die gehele achterban anderszins aan de bescherming van die zorgplicht is onttrokken'. Ik kan dit deel van de rechtsoverweging moeilijk anders lezen dan dat de Hoge Raad hier een koppeling maakt met het relativiteitsvereiste. Betekent dit dat indien voor de gehele achterban geldt dat zij onvoorzichtig hebben gehandeld, dit mogelijk tóch in de weg staat aan het oordeel in een collectieve actie dat de geschonden norm strekt tot bescherming van hun belangen? De Hoge Raad suggereert hiermee in ieder geval dat onvoorzichtigheid van de benadeelde kan leiden tot het ontbreken van relativiteit, althans in de weg staat

26. Zie o.m. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192 m.nt. C.J. van Zeben (Rabobank/Everaars), r.o. 3.3 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (De Treek/Dexia), r.o. 5.6.2. Zie hierover o.m. A.L. Keirse & A. van Onna, *De relatieve zwaarte van wederzijdse verantwoordelijkheid voor teleurstellende effectenleaseresultaten*, Contracteren 2014, afl. 3, p. 64 e.v.

27. Na het verstrijken van de kopijeadline van dit nummer oordeelde de Hoge Raad in het kader van effectenlease dat hierbij in beginsel een verhouding geldt van één (de belegger) staat tot twee (de aanbieder), aldus HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012 (X/Dexia), r.o. 6.2.1. De billijkheidscorrectie brengt echter mee dat de vergoedingsplicht geheel in stand blijft indien de effecten zijn aangeboden zonder de noodzakelijke vergunning(en) én de aanbieder daarvan op de hoogte was, aldus r.o. 6.2.3.

28. Zie over het ontbreken van een duidelijk toetsingskader voor relativiteit nader A.J. Verheij, *De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel voor een hanteerbare toets*, NTBR 2014/12.

29. Bloembergen 1965, nr. 272.

30. G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, par. 7.13, Tjong Tjin Tai 2007, Lindenbergh 2009, p. 577, Haazen 2009, p. 827-836, Hartlief in zijn noot onder HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 (Hangmat), nr. 2 en 13, en P.A. Fruytier, *Aansprakelijkheid van medebezitters: een beschouwing van de Hangmat-jurisprudentie en een onderzoek naar haar reikwijdte*, MvV 2016, afl. 5, p. 154-155.

31. Tjong Tjin Tai 2007, p. 74. Hij geeft het voorbeeld van iemand die zijn voordeur open laat staan en vervolgens wordt bestolen. Diegene heeft weliswaar eigen schuld, maar onttrekt zich niet aan bescherming tegen diefstal; de dief handelt onrechtmatig jegens hem.

32. Vgl. evenzo Lindenbergh 2009, p. 577 en Haazen 2009, p. 827-836. Ook J.B.M. Vranken lijkt deze mening te zijn toegedaan, zie zijn noot onder HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492 (Io Vivat), nr. 5-7.

33. Vgl. HR 23 december 2005, NJ 2006/289 m.nt. M.R. Mok (Safe Haven), r.o. 7.3 en HR 27 november 2009, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (World Online), r.o. 4.8.1.

aan een oordeel in een collectieve actie dat daaraan voldaan is.<sup>34</sup>

Ten derde kan niet worden uitgesloten dat de Hoge Raad simpelweg in het midden heeft willen laten of onvoorzichtigheid van de beleggers in de weg staat aan bescherming door de bancaire zorgplicht, of ‘slechts’ kan leiden tot eigen schuld, omdat in beide gevallen voor toetsing in een collectieve actie geen plaats is (om de hiervoor genoemde redenen). In dat geval is niet ondenkbaar dat deze kwestie nogmaals aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd.

De afwijzing van de cassatieberoepen brengt mee dat het tussenaarrest van het hof in stand blijft. Dat geldt dus ook voor de (in beginsel bindende eind)beslissing dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de beleggers die hebben geleden, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de beleggers.<sup>35</sup> Het hof acht daarvoor in een collectieve actie echter geen plaats, zodat dergelijke omstandigheden pas aan de orde kunnen komen in individuele schadevergoedingsacties.<sup>36</sup>

### 3.4 De arresten *Hangmat* en *Manegepaard*

Dat de hiervoor beschreven onduidelijkheid omtrent relativiteit en eigen schuld niet louter wordt veroorzaakt door het karakter van de collectieve actie, blijkt uit de recente rechtspraak over de kwalitatieve aansprakelijkheid van opstal- respectievelijk dierenbezitters (art. 6:174 resp. 6:179 BW). Het ging daar om de vraag of een bezitter van een dier of gebrekkige opstal zijn medebezitter kan aanspreken voor schade die hem door het dier of de opstal is toegebracht. Stond het feit dat de medebezitter/benadeelde dezelfde (aansprakelijkheids)norm had geschonden in de weg aan diens recht op schadevergoeding?<sup>37</sup>

In het *Hangmat*-arrest overwoog de Hoge Raad dat het feit dat de medebezitter in dezelfde relatie tot de opstal staat en daarmee medeverantwoordelijk kan worden gehouden voor daardoor ontstane schade, *niet* in de weg stond aan aansprakelijkheid van de andere bezitter. De medebezitter viel op zich binnen het beschermingsbereik van de kwalitatieve aansprakelijkheidsnorm en kon in het voorliggende geval – waarin sprake was van in totaal twee bezitters – 50% van zijn schade ver-

goed krijgen.<sup>38</sup> Dit oordeel is niet gebaseerd op een 100%-aansprakelijkheid verminderd met een 50% ‘eigen schuld’-correctie, maar op de draagplicht die zou gelden indien niet een medebezitter, maar een *derde* schade zou lijden. Uit de bepalingen over hoofdelijkheid en regres vloeit in dat geval voort dat de voor het geheel aangesproken medebezitter slechts regres kan nemen voor zover zijn betaling aan de benadeelde zijn eigen draagplicht overschrijdt (art. 6:180 lid 1 jo. art. 6:10 lid 1 BW). Is deze draagplicht 50/50, dan zou hij dus voor 50% regres kunnen nemen.<sup>39</sup> Dat dit geen toepassing vormt van de ‘eigen schuld’-correctie is relevant, omdat de Hoge Raad ná dit ‘draagplicht-oordeel’ nog toekomt aan de vraag of de vergoedingsplicht van 50% nog (naar beneden) dient te worden gecorrigeerd (art. 6:101 lid 1 BW). Hij ziet daartoe in de gegeven omstandigheden geen aanleiding, nu niet is gebleken van ‘eigen nalatigheid of onachtzaamheid (in grotere mate dan van de [andere medebezitter])’.<sup>40</sup> Het feit dat de Hoge Raad hier spreekt van nalatigheid of onachtzaamheid *in grotere mate dan van de aangesproken partij*, komt neer op een weging van de verantwoordelijkheid van de benadeelde tegen de verantwoordelijkheid van de aangesproken partij.<sup>41</sup>

In het arrest over het in medebezit gehouden paard luidde het oordeel anders. De Hoge Raad overwoog daar dat ‘van de medebezitter die door toedoen van een dier schade lijdt, kan worden gezegd dat hij ook voor zichzelf een gevaar in het leven heeft geroepen of in stand heeft gehouden waarvan hij geacht wordt zich bewust te zijn’, en dat het om die reden minder voor de hand ligt dat de geschonden norm strekt tot bescherming van de benadeelde die als medebezitter zelf bijdraagt aan het ontstaan van het gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden.<sup>42</sup> Kortom, hier viel de medebezitter – mede gezien de aard van de aansprakelijkheid op grond van art. 6:179 BW – *niét* binnen het beschermingsbereik van die norm.<sup>43</sup> De Hoge Raad verwijst in dit kader naar het *Io Vivat*-arrest,<sup>44</sup> maar had dit resultaat mijns inziens ook kunnen bereiken via de ‘eigen schuld’-correctie. Het oordeel zou dan inhouden dat de aangesproken medebezitter (kwalitatief) aansprakelijk is voor de gehele schade, verminderd met de schade

34. A-G Wissink (concl., nr. 6.22.2) ziet onrechtmatigheid en relativiteit in dit geval als ‘twee kanten van dezelfde medaille’, omdat het gaat om een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Aan de afzonderlijk gevorderde verklaring voor recht dat de geschonden norm strekte tot bescherming tegen de schade van de beleggers, komt dan geen zelfstandige betekenis toe. Tegen een dergelijke vereenzelviging verzet zich P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 48-52.

35. Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:996, RF 2014/50, r.o. 37.

36. *Idem*.

37. Evenzo: T. Hartlief, Een eenvoudige casus stelt het recht voor problemen, NJB 2010/1691, p. 2071. Anders: A-G Spier in zijn conclusie voor HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173 m.nt. T. Hartlief (*Manegepaard*), nr. 8.3 en Fruytier 2016, p. 154-155.

38. HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief, AV&S 2011/5 m.nt. P.W. den Hollander (*Hangmat*), r.o. 4.3.4 en 4.3.5.

39. Zijn er drie bezitters, dan kan de bezitter die schade lijdt in beginsel 662/3% van zijn schade vergoed krijgen; bij vier bezitters is dat in beginsel 75%, enz.

40. HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 m.nt. T. Hartlief, AV&S 2011/5 m.nt. P.W. den Hollander (*Hangmat*), r.o. 4.5.2.

41. Ik spreek bewust van ‘verantwoordelijkheid’, omdat het ging om risico-aansprakelijkheid, waar verwijtbaarheid aan de aangesproken medebezitter niet vereist is.

42. HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173 m.nt. T. Hartlief (*Manegepaard*), r.o. 3.6.2.

43. In de kern komt het verschil in uitkomst erop neer dat een dier nu eenmaal iets anders is dan een opstal, nu een dier – meer dan een opstal – over eigen energie beschikt. Zie voor een analyse van de verhouding tussen beide arresten Fruytier 2016, p. 154-155.

44. Evenzo P.W. den Hollander, noot onder HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, AV&S 2011/5 (*Hangmat*).

die het gevolg is van aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden (art. 6:101 lid 1 BW). Nu die toerekening ook buiten schuld kan plaatsvinden, kan men redeneren dat de benadeelde medebezitter in dit geval zelf voor 50% *verantwoordelijk* was voor de door hem geleden schade omdat hij zelf heeft bijgedragen aan het bewuste risico.<sup>45</sup>

Hoewel het in beide arresten ging om kwalitatieve aansprakelijkheid, waarin de aangesproken partij weliswaar een aansprakelijkheidsnorm heeft overtreden, maar niet (noodzakelijkerwijs) een *gedragsnorm*,<sup>46</sup> ging het er ook hier om of de medeverantwoordelijkheid van de benadeelde voor de ontstane schade in de weg stond aan een schadevergoedingsverplichting.<sup>47</sup> Kennelijk is het feit dat de medebezitter dezelfde aansprakelijkheidsnorm schendt in het ene geval wel van invloed op het beschermingsbereik van de geschonden norm (art. 6:179 BW), maar in het andere geval niet (art. 6:174 BW).

#### 4 Toetsing van relativiteit in een collectieve actie

##### 4.1 Toetsing van relativiteit

Ik keer terug naar het hier besproken arrest van de Hoge Raad. De verwerping van de cassatieberoepen brengt mee dat het oordeel van het hof in stand blijft, waarmee vaststaat dat het mogelijk is om in een collectieve actie een oordeel te krijgen over het beschermingsbereik van een geschonden norm. Deze mogelijkheid is niet vanzelfsprekend.<sup>48</sup>

Bij toetsing aan het relativiteitsvereiste gaat het om het vaststellen van 'doel en strekking van de geschonden norm',<sup>49</sup> aan de hand waarvan moet worden onderzocht (1) tot welke personen, (2) tegen welke schade, en (3) tegen welke wijzen van ontstaan van schade de norm bescherming beoogt te bieden.<sup>50</sup> Het gaat daarbij om de persoon van de benadeelde en zijn

schade. In dit kader wordt wel onderscheid gemaakt tussen het beschermingsdoel en de beschermingsomvang van een norm.<sup>51</sup> Het beschermingsdoel betreft de vraag welk soort belangen de geschonden norm in abstracto beoogt te beschermen ('relativiteit in ruime zin'). Valt het belang waarin eiser vraagt te worden beschermd op zich binnen dat beschermingsdoel, dan rijst de vraag naar het beschermingsbereik: de vraag of de eiser – in concreto – door de norm wordt beschermd tegen de schade zoals hij die heeft geleden ('relativiteit in strikte zin').

##### 4.2 Toetsing van relativiteit in een collectieve actie

Uit het Vie d'Or-arrest van de Hoge Raad (2006) volgde reeds dat het mogelijk is om in een collectieve actie een oordeel te krijgen over het beschermingsdoel van een geschonden norm.<sup>52</sup> Het ging daar om de vraag of de door de Verzekeringkamer geschonden norm 'op zich' beoogde individuele vermogensbelangen te beschermen, een vraag die goed in abstracto kon worden beantwoord. Het hier besproken arrest van de Hoge Raad heeft betrekking op het beschermingsbereik van de bancaire zorgplicht (r.o. 4.4). Nu daarbij de persoon van de benadeelde en zijn schade in ogenschouw dienen te worden genomen, rijst de vraag hoe zich dit verhoudt tot het oordeel van de Hoge Raad dat in een collectieve actie juist geabstraheerd dient te worden van individuele omstandigheden aan de zijde van de benadeelde.

De Hoge Raad verwijst in zijn arrest zowel naar de aard en effectiviteit van de collectieve actie<sup>53</sup> als naar de arresten Safe Haven en World Online. Uit die arresten vloeit voort dat in het kader van de *onrechtmatigheid* geabstraheerd kan worden van omstandigheden aan de zijde van de benadeelden, maar niet dat dit ook geldt voor de toetsing van relativiteit (in strikte zin).<sup>54</sup> Zelfs als dit oordeel daarnaar wordt doorgetrokken, is mijns inziens nog niet gegeven dat een oordeel over relativiteit in een collectieve actie mogelijk is.<sup>55</sup> De Hoge Raad had mijns inziens op dezelfde grond kunnen redeneren dat het abstraheren van individuele omstandigheden in een collectieve actie een zinvolle toetsing aan het relativiteitsvereiste (in strikte zin) juist onmogelijk maakt, omdat daarvoor het beoordelen van individuele omstandigheden noodzakelijk is.<sup>56</sup> De Hoge Raad ziet net als het hof in de gegeven omstandigheden geen problemen in de gevorderde verklaring voor recht. Hij suggereert dat dit slechts anders is indien 'op voorhand, los van de omstandigheden van ieder concreet geval' kan worden geoordeeld dat de gehele achterban buiten het beschermings-

45. De Hoge Raad oordeelt dat de medebezitter die een risico op schade neemt dat zich verwezenlijkt, 'mede verantwoordelijk is voor het scheppen of handhaven van dat risico', aldus HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173 m.nt. T. Hartlief (Manegepaard), r.o. 3.6.2.

46. Vgl. P.W. den Hollander, noot onder HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, AV&S 2011/5 (Hangmat). Anders: J. Spier, in zijn conclusie voor HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173 m.nt. T. Hartlief (Manegepaard), nr. 8.3 en Fruytier 2016, p. 154, die menen dat om deze reden geen sprake is van een 'in pari delicto'-situatie.

47. Enzo T. Hartlief, noot onder HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465 (Hangmat), nr. 2 en 13, en R. Lubach, Opstalaansprakelijkheid tegenover de medebezitter: een nieuwe loot aan de stam van het aansprakelijkheidsrecht, MvV 2010, p. 320. Zie ook noot 45.

48. Zo werd een verklaring voor recht dat aansprakelijkheid bestond bijv. afgewezen in Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, NJF 2007/523, r.o. 3.6, omdat in een collectieve actie niet aan het relativiteitsvereiste kon worden getoetst. A-G Wissink ziet hierin geen probleem, zie concl. A-G Wissink, nr. 6.23.

49. In dit kader wordt onderscheid gemaakt tussen het beschermingsdoel en de beschermingsomvang. Zie Lankhorst 1992, met name p. 92-101, en o.m. Tjong Tjin Tai 2007, p. 71-74 en Den Hollander 2016, p. 129-134, met verdere literatuurverwijzingen.

50. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281 m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), r.o. 3.4.1.

51. Zie Lankhorst 1992, p. 92-101 en Den Hollander 2016, p. 129-134.

52. Zie HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527 (Vie d'Or), r.o. 4.2.1-4.2.2.

53. De letterlijke bewoordingen zijn (r.o. 4.4): 'Een andere opvatting zou toepassing van art. 3:305a BW onaanvaardbaar beperken (...).'

54. HR 23 december 2005, NJ 2006/289 m.nt. M.R. Mok (Safe Haven), r.o. 7.3 en HR 27 november 2009, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (World Online), r.o. 4.8.1.

55. Zoals het hof oordeelde, zie Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:996, RF 2014/50, r.o. 37.

56. De rechtbank oordeelde in deze zin, zie Rb. Rotterdam 13 juli 2011, JOR 2011/335 m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 4.31.

bereik van de bancaire zorgplicht valt.<sup>57</sup> Is dit juist, dan kan een verklaring voor recht dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan óók worden verkregen indien ten aanzien van een (al dan niet groot) deel van de belanghebbenden níét is voldaan aan het relativiteitsvereiste. De vraag is dan of een collectief oordeel hierover nog wel zo efficiënt is.<sup>58</sup> Het oordeel uit de collectieve actie heeft in een opvolgende individuele actie tot schadevergoeding immers géén gezag van gewijsde, omdat het niet gaat om ‘dezelfde partijen’ (art. 236 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)).<sup>59</sup> Hoewel een dergelijk oordeel daarin wel tot uitgangspunt zal worden genomen,<sup>60</sup> laat dit in de verhouding tot een individuele benadeelde voldoende ruimte voor een beroep van de bank op het ontbreken van relativiteit. De rechter buigt zich dan dus twee keer over dezelfde kwestie. Het is de vraag of de efficiëntie er niet meer mee was gediend indien toetsing aan het relativiteitsvereiste niet zou kunnen plaatsvinden in een collectieve actie, maar gezien de weging van individuele omstandigheden slechts kan plaatsvinden in individuele acties tot schadevergoeding.

### 5 Conclusie

Het oordeel van de Hoge Raad maakt duidelijk dat (ook) de bancaire zorgplicht jegens derden mede strekt tot bescherming tegen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht aan de zijde van de benadeelde. Een beroep op onvoorzichtigheid van de belegger zal niet snel slagen in een collectieve actie, waarin wordt geabstraheerd van individuele omstandigheden. Mogelijk is dit anders indien ‘collectieve eigenschappen’ van de benadeelden in de weg staan aan bescherming door de geschonden norm. Het arrest maakt mijns inziens niet duidelijk hoe ‘onvoorzichtig’ gedrag van de benadeelde dogmatisch moet worden ingepast. Nu het oordeel van het hof in stand blijft, en deze kwestie nog niet is beslist, valt niet uit te sluiten dat zij in de toekomst nogmaals aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd. Het arrest van de Hoge Raad maakt in ieder geval duidelijk dat het mogelijk is om in een collectieve actie een verklaring voor recht te vorderen dat aan het relativiteitsvereiste in strikte zin is voldaan, óók als dit ten aanzien van een aanzienlijk deel van de belanghebbenden mogelijk niet het geval is. Vanuit een oogpunt van efficiëntie verdient deze mogelijkheid geen aanbeveling.

57. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Stichting Gedupeerde Beleggers/ABN Amro), r.o. 4.4.

58. A-G Wissink kende aan effectiviteit en efficiëntie veel gewicht toe, zie concl. A-G Wissink, nr. 6.23.

59. Zie HR 7 november 1997, NJ 1998/268 m.nt. J.M.M. Maeijer (Philips/VEB), r.o. 3.3.5.

60. HR 27 november 2009, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (World Online), r.o. 4.8.2.