



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2011-328 d.d. 17 november 2011

(mr. J. Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en J.C. Buiten, leden en mevrouw mr. J. Hardenberg, secretaris)

Samenvatting

De Geschillencommissie heeft 17 uitspraken gedaan over een effectenleaseproduct. De Commissie oordeelt dat de gedragingen van de tussenpersoon aan Aangeslotene zijn toe te rekenen. Ook oordeelt zij dat Aangeslotene door effectenlease-overeenkomsten te sluiten zonder zich bij de verkoop naar behoren te kwijten van haar voorlichtings-, vergewissings- en onderzoeksverplichtingen jegens Consument is tekortgeschoten en dat de geleden schade in beginsel vergoed moet worden.

Consument is ontvankelijk - geen sprake van een overschrijding van de in artikel 10.1 (OUD) van het Reglement.

Betreft een aandelenleaseproduct. De Commissie oordeelt dat de gedragingen van de tussenpersoon aan Aangeslotene zijn toe te rekenen. Ook oordeelt zij dat Aangeslotene door effectenlease-overeenkomsten te sluiten zonder zich bij de verkoop naar behoren te kwijten van haar voorlichtings-, vergewissings- en onderzoeksverplichtingen, jegens Consument is tekortgeschoten en dat de geleden schade in beginsel vergoed moet worden. Het Reglement laat geen (reconventionele)vordering van Aangeslotene toe.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen op 11 februari 2011;
- de aanvulling op het verzoek, ontvangen op 15 april 2011;
- het verweerschrift van Aangeslotene van 26 mei 2011;
- conclusie van repliek van 20 juni 2011;
- conclusie van dupliek van 21 juli 2011.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

De Commissie heeft vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft vastgesteld dat het geschil zich leent voor een schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 16 van haar Reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- 2.1 Consument heeft op of omstreeks 24 september 1998 voor het effectenleaseproduct X, later bekend onder de naam het Product, een drietal overeenkomsten met contractnummers 0 tot en met 1 ondertekend. Het Product heeft onder meer de volgende kenmerken die in de overeenkomsten ook vermeld zijn:
- Aangeslotene belegt voor rekening en risico van Consument per overeenkomst NLG 10.000 in negen aandelenfondsen;
 - Aangeslotene leent dit bedrag aan Consument tegen een maandelijks achteraf te betalen rente die effectief 12,0% per jaar bedraagt;
 - het Product heeft een looptijd van tien jaar, met - op verzoek - een verlengingsmogelijkheid van maximaal vijf jaar. Aan deze eventuele verlengingen zijn nog nadere voorwaarden gesteld;
 - na tien jaar - behoudens verlenging - verkoopt Aangeslotene de fondsen waarna zij de opbrengst van die verkoop - onder aftrek van 1% verkoopkosten - gebruikt ter aflossing van de uitstaande lening. Een daarna resterend surplus keert zij aan Consument uit, terwijl een eventueel resterend tekort door hem binnen veertien dagen moet worden aangezuiverd;
 - indien de waarde van de onderliggende effecten groter is dan de inleg wordt door Aangeslotene jaarlijks ter vermindering van de lasten van Consument aan deze een bedrag ad NLG 300 per overeenkomst uitgekeerd, zijnde 3% van de inleg in gulden;
 - in geval op de aandelen contante dividenden beschikbaar worden gesteld, worden die aan Consument uitgekeerd. Stockdividenden worden aan het beleggingsdepot toegevoegd.
- 2.2 Aangeslotene is een intermediairmaatschappij en de verkoop van haar producten verloopt via tussenpersonen. In het geval van Consument was dat Y. Door tussenkomst van Y heeft Consument op 24 september 1998 drie overeenkomsten voor het Product ondertekend. Uit hoofde van de hiervoor genoemde leningen voldeed Consument gedurende de eerste vijf jaar maandelijks rentebetalingen, in totaal een bedrag ad € 129,33 (NLG 285) per maand voor de vier daaropvolgende jaren een bedrag van € 75,96 per maand en, na een extra storting, vanaf 2008 een bedrag van 19,02 per maand.
- 2.3 Na afloop van de vaste looptijd van tien jaar heeft Aangeslotene de onder 2.1 genoemde aandelen verkocht en Consument een eindnota gestuurd. Op 30 september 2008 zijn alle contracten beëindigd. Na aftrek van de verkoopkosten resteerde een netto opbrengst van € 3.079,74 per contract. De schuld van Consument bedroeg op dat moment per contract, inclusief de nog verschuldigde rente, € 3.419,09, zodat voor deze per contract € 339,35 verschuldigd blijft. In totaal bedraagt de schuldrest, welke door Consument niet is voldaan, € 1.018,05. Op 7 februari 2009 heeft Consument zich bij Aangeslotene beklagd over de beëindiging van de overeenkomsten, stellende dat dit spaarpolissen zijn die minstens 15 jaar moeten lopen om de spaarpremie belastingvrij te mogen ontvangen. Verder vraagt Consument zich af wat de opgebouwde waarde is en geeft hij aan dat de naam "Hefboom Effect" hem niet bekend voorkomt.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

3. Geschil

- 3.1 Consument vordert, naar de Commissie begrijpt, terugbetaling van alle door hem betaalde bedragen minus de ontvangen dividenden, door Consument begroot op een bedrag ad € 12.357,62, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling door Consument tot aan de dag van terugbetaling door Aangeslotene. Daarnaast vordert Consument kwijtschelding van de restschuld ad € 1.018 en veroordeling van Aangeslotene in de kosten van rechtsbijstand van Consument.
- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Consument heeft, zich tot (de overigens reeds bij hem bekende adviseur en voormalig medewerker van Aangeslotene) Terpstra gewend, in verband met zijn wens om een spaarproduct af te sluiten voor de studie van zijn kinderen. Daarbij is hem voorgespiegeld dat hij met het Product hoge opbrengsten kon realiseren met weinig risico en lage maandlasten door aftrekbare maandpremies. Het Product werd hem aangeboden als een spaar-leenrekening waardoor een Superhefboom effect ontstond. Er is alleen gesproken over hoge winsten, niet dat het een uiterst risicovol beleggingsproduct betrof en mogelijke hieruit voortkomende verliezen. Consument stelt verder dat hem een verboden depotconstructie is verkocht met studiekosten als spaardoel.
- De Commissie begrijpt dat Consument van mening is dat Aangeslotene verantwoordelijk is voor de gedragingen van de tussenpersoon Y, en dat het Product een wanproduct is.
- Consument beroept zich op verschillende uitspraken van de Geschillencommissie in verband met het Product en de depotconstructie. Consument stelt zich op het standpunt dat de overeenkomsten dienen te worden vernietigd. De Commissie begrijpt het betoog van Consument aldus dat Aangeslotene bij het aanbieden van het Product en het afsluiten van de overeenkomsten haar zorg- en informatieplicht heeft verzaakt zodat zij jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld en de door Consument geleden schade moet vergoeden.
- 3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren aangevoerd. Ten eerste beroept Aangeslotene zich op niet ontvankelijkheid van de klager. Aangeslotene betoogt dat Consument meer dan een jaar heeft gewacht alvorens hij zijn klacht heeft voorgelegd aan Aangeslotene en dat de klacht van Consument daarom op basis van artikel 10.1 sub a van het Reglement Geschillencommissie Financiële dienstverlening niet ontvankelijk is.
- Aangeslotene wijst de gronden voor vernietiging van de overeenkomsten af. Uitvoerig wordt betoogd dat de informatieverstrekking in de overeenkomsten, de algemene voorwaarden en het aanvraagformulier helder zijn en daarin onmiskenbaar wordt gesproken van beleggingen maar ook van het verstrekken van een lening die terugbetaald moet worden, terwijl ook de mogelijkheid van een restschuld wordt genoemd. Aangeslotene wijst op de eigen verantwoordelijkheid van de belegger.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Aangeslotene verwijst naar drie arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009, namelijk LJN : BH2811, BH 2815 en BH 2822.

Ter zake van verwijten met betrekking tot het niet nakomen van een zorg- en informatieplicht wijst Aangeslotene erop dat alle cliënten getoetst werden bij het BKR. Mocht Aangeslotene toch verantwoordelijk worden gehouden dan stelt zij zich op het standpunt dat haar verplichting tot schadevergoeding geen betrekking kan hebben op de door Consument betaalde rente aangezien, in de lijn van uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam en de Hoge Raad, niet kan worden vastgesteld dat de overeenkomsten een “onaanvaardbaar zware last” op Consument hebben gelegd. Voorts beroept Aangeslotene zich op matiging van haar schadevergoedingsplicht, aangezien Consument met het aangaan van de overeenkomsten een risico heeft aanvaard. Wat betreft de vaststelling van een eventuele schade wijst Aangeslotene er verder nog op dat de aan Consument uitbetaalde dividenden op de door hem gestelde schade in mindering moeten worden gebracht.

Aangeslotene betwist de hoogte van de bedragen aan rentetermijnen die Consument stelt betaald te hebben. Aangeslotene stelt dat het in totaal door Consument betaalde bedrag aan rentetermijnen € 12.060,87 bedraagt.

Aangeslotene stelt een eis in reconventie in en verzoekt de Commissie om Consument te veroordelen tot het betalen van 40% van de restschuld, waarbij tevens aanspraak wordt gemaakt op de contractueel overeengekomen verpagingsrente van 1,5% per maand.

4. Beoordeling

4.1 De Commissie verwierpt het door Aangeslotene opgeworpen ontvankelijkheidsverweer en overweegt daartoe als volgt. In de door Aangeslotene bedoelde brief gedateerd 7 februari 2009 heeft Consument geprotesteerd tegen het beëindigen van de overeenkomsten die hij voor spaarpolissen met een veel langere looptijd hield. Aangeslotene heeft hierop gereageerd met een brief van 11 februari 2009, waarin slechts is meegedeeld dat het niet om spaarpolissen ging maar om (een) effectenleaseovereenkomst, een heel ander product, en Aangeslotene om die reden niet inhoudelijk op de klacht kon reageren. Er blijkt niet dat deze correspondentie een vervolg heeft gehad vóór de brief van Consument gedateerd 29 juli 2010 en het antwoord daarop van de advocaat van Aangeslotene gedateerd 20 augustus 2010. Dit antwoord vangt aan met de mededeling dat Aangeslotene niet bekend was met klachten van Consument, en in haar dossier geen correspondentie van zijn kant had aangetroffen. Consument heeft in februari 2009, derhalve tijdig, bedoeld te klagen over de desbetreffende effectenlease-overeenkomsten. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene, die, naar de Commissie uit de aan haar voorgelegde zaken bekend is, een stroom aan vergelijkbare klachten heeft ontvangen, dit had kunnen begrijpen c.q. had kunnen afleiden uit de klachtbrief. Het stilzitten van Consument is een gevolg van de wijze waarop Aangeslotene op de klacht heeft gereageerd; Consument zag daarin geen aanleiding zijn klachten te preciseren. Om die reden wordt het



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

tijdsverloop tussen februari 2009 en juli 2010 niet beschouwd als een overschrijding van de in artikel 10.1 onder Reglement Geschillencommissie Kifid (OUD) bedoelde termijn.

- 4.2.1 Wat betreft de inhoudelijke beoordeling van deze klacht moet voorop staan dat Aangeslotene bij het aanbieden en uitvoeren van de overeenkomst is opgetreden als effecteninstelling. De aangeboden effectenleaseconstructie komt er immers op neer dat Aangeslotene voor rekening en risico van Consument aandelen koopt, terwijl de uitkomst van de overeenkomst afhankelijk is van het koersverloop van die aandelen. Hieruit vloeit voort dat Aangeslotene jegens Consument de bijzondere zorg diende te betrachten waartoe een effecteninstelling als bij uitstek deskundige professionele effectendienstverlener in het algemeen jegens een particuliere, niet professioneel handelende consument gehouden is. In geval van beleggingsbeslissingen waaruit voor de belegger aanzienlijke (bij)betalingsverplichtingen kunnen voortvloeien, gaat de zorgplicht van de effecteninstelling zelfs zover dat de particuliere, niet professionele belegger in bescherming wordt genomen tegen diens eigen ondeskundigheid of lichtvaardigheid. Gelet op de er aan verbonden risico's moet naar het oordeel van de Commissie ook het aangaan van een effectenlease-overeenkomst worden gerekend tot zulke beleggingsbeslissingen.
- 4.2.2 Ten aanzien van de feiten, relevant voor het bepalen van de reikwijdte van bedoelde zorgplicht in het onderhavige geval, stelt de Commissie voorts het volgende vast. Effectenlease-overeenkomsten als de onderhavige zijn niet eenvoudig van aard. Daarom moet er rekening mee gehouden worden dat de gemiddelde - niet met financiële en vermogensrechtelijke kwesties vertrouwd - consument niet in staat is op eigen kracht een compleet en realistisch beeld te krijgen van de uitwerking van deze (samengestelde) overeenkomsten. Aan beleggen met geleend geld zijn risico's verbonden. Er is in het algemeen de mogelijkheid dat geleaste aandelen bij verkoop te weinig opbrengen om de lening in te lossen, zodat een restschuld blijft bestaan. De aandelenleaseconstructie kent evenwel nog een ander nadeel. De kosten die de consument moet betalen bij het aangaan van een aandelenleasecontract of tijdens de looptijd daarvan (deze kosten worden hierna investering genoemd) bestaan hoofdzakelijk uit de rente die over het geleende bedrag wordt geheven. Deze investering is zo hoog dat slechts een rendement wordt behaald als bij de afloop van het aandelenleasecontract de desbetreffende aandelen beduidend in koers gestegen zijn. Niet alleen bij een koersdaling, maar zelfs bij een beperkte koersstijging, is de investering niet rendabel en verdient de consument haar niet of nauwelijks terug. De specifieke risico's van effectenleaseconstructies hadden ten tijde van het sluiten van de in deze klacht bedoelde overeenkomsten niet een zodanige aandacht in de media gekregen dat zij ook bij het ondeskundige publiek bekend verondersteld konden worden.
- 4.2.3 Daarentegen behoorde Aangeslotene als professionele dienstverlener zich ervan bewust te zijn dat de aandelen onvoldoende zouden kunnen stijgen om Consument in



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

staat te stellen zijn schuld aan Aangeslotene af te lossen. En Aangeslotene behoorde zich zeker rekenschap te geven van de alleszins aanwezige kans dat de koersstijging ontoereikend zou blijken om Consument zijn volledige investering terug te bezorgen laat staan hem rendement te verschaffen.

Consumenten zoals Consument hebben een eigen verantwoordelijkheid bij de aanschaf van financiële producten. Zij kunnen echter die verantwoordelijkheid pas dragen indien zij over het aan te schaffen product weloverwogen kunnen beslissen. Dat vereist dat zij door de aanbieder van het product tijdig van voldoende en duidelijke informatie worden voorzien omtrent de specifieke risico's die aan het product kleven. In het bijzonder ten aanzien van een beleggingsproduct als het onderhavige, met een complexiteit die de risico's voor een niet-deskundige consument zou kunnen verhullen, is een zo compleet mogelijke en niet voor misverstand vatbare voorlichting - met name omtrent de aan het Product verbonden risico's - noodzakelijk.

- 4.2.4 Dat klemt te meer omdat Aangeslotene het Product voor een breed publiek beschikbaar heeft gesteld en het niet rechtstreeks, doch via tussenpersonen heeft aangeboden.

Zodoende heeft Aangeslotene zich voor de kwaliteit van de informatieverstrekking ten dele afhankelijk gemaakt van die tussenpersonen.

Reeds daarom diende Aangeslotene het door haarzelf verspreide informatiemateriaal - brochures, aanvraagformulieren en (concept)formulieren van overeenkomsten en de daarbij horende algemene voorwaarden - zodanig op te stellen dat degene die overwoog een dergelijke overeenkomst aan te gaan in dat informatiemateriaal de nadrukkelijke waarschuwing aantrof, in bewoordingen die voor een breed en ondeskundig publiek begrijpelijk zijn, dat, afhankelijk van de ontwikkeling op de effectenmarkten, na afloop van de overeenkomst niet alleen een (bij)betalingsverplichting kon resteren, maar bovendien de kans aanwezig was dat de opbrengst van de verkoop van de geleaste aandelen niet of nauwelijks toereikend zou zijn om de investering van de consument te compenseren zodat zijn investering per saldo geheel of grotendeels verloren zou gaan.

Alleen op grond van een dergelijke nadrukkelijke waarschuwing had de geïnteresseerde consument volgens zijn mogelijkheden en verlangens een deugdelijke afweging kunnen maken tussen het effectenleaseproduct en andere financiële producten, waaronder spaarvormen.

- 4.2.5 De Commissie is derhalve van oordeel dat de op Aangeslotene rustende informatieplicht zich uitstrekke tot de precontractuele fase en nadrukkelijk ook gold ten opzichte van elke consument die overwoog een effectenlease-overeenkomst aan te gaan. Dat geldt eveneens ingeval de tussen Aangeslotene en consument ontstane rechtsverhouding niet is begonnen met rechtstreeks gevoerde onderhandelingen. De redelijkheid en de billijkheid alsmede de door een instelling als Aangeslotene jegens haar (potentiële) cliënten in acht te nemen zorgplicht eisen dat.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- 4.2.6 De Commissie is niet gebleken dat Aangeslotene aan de verplichting tot het geven van die nadrukkelijke waarschuwing heeft voldaan. In de overeenkomst is weliswaar vermeld dat geld wordt geleend waarmee aandelen worden gekocht en is gestipuleerd dat een eventueel tekort door Consument moet worden aangezuiverd, maar de nadrukkelijke - in niet mis te verstane bewoordingen gestelde - waarschuwing als hiervoor bedoeld is in de overeenkomst niet te vinden. Niet is door Aangeslotene gesteld en evenmin is gebleken dat de zojuist bedoelde nadrukkelijke waarschuwing is gegeven in ander door Aangeslotene aan Consument ter beschikking gesteld informatiemateriaal. Ook is niet gebleken dat Aangeslotene zich ervan heeft vergewist dat de potentiële contractspartij zich niettemin van de zo-even omschreven risico's bewust was.
- 4.2.7 Voor zover Aangeslotene de stelling heeft betrokken dat deze waarschuwings- en vergewissingsverplichting niet op haar maar op de onafhankelijke tussenpersoon heeft berust, geldt het volgende. Het geven van duidelijke en zo volledig mogelijke informatie omtrent een aan het publiek aangeboden beleggingsproduct behoort tot de essentiële verplichtingen van de financiële instelling die het Product aanbiedt. Niet gebleken is dat Aangeslotene ten aanzien van deze verplichting aan tussenpersonen als Y die haar producten aan het publiek verkochten, instructies heeft gegeven - en op de naleving van die instructies heeft toegezien - teneinde de nakoming van die verplichting zeker te stellen.
- 4.2.8 De Commissie acht het aannemelijk dat Consument de overeenkomsten is aangegaan omdat hij zich door tekortschietende voorlichting van Aangeslotene geen rekenschap heeft gegeven van het risico dat hij maximaal zou lopen, terwijl dit gebrekkig inzicht niet tijdig is gecorrigeerd doordat Aangeslotene heeft nagelaten te verifiëren of Consument goed begreep welk verlies hij in het slechtste geval zou lijden.
- 4.2.9 Voorts is niet gebleken van enig concreet onderzoek naar de mate waarin Consument in staat zou zijn de financiële gevolgen te dragen van een contract dat onverhoopt zwaar verliesgevend zou aflopen; met haar onderzoek naar Consument's financiële situatie heeft Aangeslotene immers uitsluitend vastgesteld dat Consument - lopende het contract - in staat zou zijn de daaruit voortvloeiende maandlasten te voldoen. Aannemelijk is geworden dat Aangeslotene haar instructie aan Y heeft beperkt tot een onderzoek naar de mogelijkheden van Consument om de rente te kunnen betalen.
- Aldus heeft Aangeslotene zich de kans ontnomen haar (toekomstige) cliënten te behoeden voor financiële risico's die hun financiële mogelijkheden te boven gingen. Gecombineerd met de reeds hiervoor besproken constatering dat Aangeslotene Consument onvoldoende heeft geïnformeerd omtrent de aan het Product verbonden risico's - zodat Consument die risico-inschatting ook niet zelf heeft kunnen maken - is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene ook in dit opzicht tekortgeschoten is in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht.
- 4.3 Voor zover de klacht aldus begrepen moet worden dat het product bovendien neerkomt op ontoelaatbaar gebruik van een depotconstructie, kan zij geen doel



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

treffen omdat (na betwisting door Aangeslotene) onvoldoende is onderbouwd dat er sprake is geweest van een depot of daaruit voortvloeiend (groter) nadeel bij Consument.

- 4.4.1 Het vorenoverwogene voert de Commissie tot het oordeel dat Aangeslotene, door de effectenleaseovereenkomsten te sluiten zonder zich in de precontractuele fase naar behoren te kwijten van haar bovenomschreven voorlichtings-, vergewissings- en onderzoeksverplichtingen, jegens Consument is tekortgeschoten in de bijzondere zorgvuldigheid die zij als aanbieder van deze overeenkomsten in acht diende te nemen en derhalve jegens Consument onrechtmatig heeft gehandeld. Het is aannemelijk dat Consument de overeenkomsten niet zou hebben gesloten, indien hij zich ervan rekenschap had gegeven dat hij onder de hiervoor aangegeven omstandigheid niet alleen een reëel risico liep zijn gehele investering te verspelen maar ook geconfronteerd kon worden met een bijbetalingsverplichting. Het nadeel dat hij door het aangaan van de overeenkomsten heeft geleden dient Aangeslotene in beginsel te vergoeden.
- 4.4.2 Tot op zekere hoogte is dat nadeel evenwel ook aan Consument zelf te wijten. Pas door het retourneren van het ondertekende contract gaf hij te kennen dat hij het aanbod tot aangaan van de overeenkomsten wenste te aanvaarden. Hij was dus vóór dat moment in de gelegenheid het door Aangeslotene ter beschikking gestelde contractsformulier- met daarin de volledige voorwaarden van de overeenkomst - (nader) te bestuderen. Door retourzending van de ondertekende overeenkomst achterwege te laten, had Consument daar dus van af kunnen zien. Naar het oordeel van de Commissie moet het Consument bij nauwkeurige kennisneming van dit contractsformulier duidelijk zijn geworden dat de overeenkomst niet zonder risico zou zijn. Daarin is immers vermeld dat er sprake is van een geldlening en van de verplichting om een eventueel tekort na verkoop van de aandelen aan te zuiveren. Hij kon erin vinden dat de overeenkomst mede de aanschaf en op termijn de verkoop van aandelen inhield. De Commissie beschouwt als feit van algemene bekendheid dat beleggen in aandelen gepaard gaat met koersrisico's zodat zulke beleggingen verlies kunnen meebrengen. Consument moet derhalve in dit geval worden verweten dat hij, onervaren op het terrein van beleggen, de overeenkomsten is aangegaan zonder zich te verdiepen in, en zo nodig te informeren omtrent de precieze aard en potentiële omvang van de daaraan verbonden risico's.
- 4.4.3 In het vorenstaande ligt besloten dat de Commissie verwerpt de, naar de Commissie begrijpt, namens Consument opgeworpen stelling dat het tekortschieten van Aangeslotene ten aanzien van voorlichting omtrent specifieke risico's van het Product meebrengt dat op Consument geen enkele onderzoekspllicht (meer) rustte. Naar het oordeel van de Commissie kan uit de rechtspraak niet in algemene zin worden afgeleid dat tekortschietende informatieverstrekking aan de kant van de aanbieder van een product of dienst steeds, ongeacht de bijzondere omstandigheden van het geval, meebrengt dat een consument zich op de hem gegeven, ondeugdelijke informatie kan



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

beroepen zonder nog tot enige vorm van eigen onderzoek gehouden te zijn. Gelet op de feitelijke gang van zaken en de verhouding tussen partijen, zoals de Commissie die in het onderhavige geval aannemelijk acht, is het niet in strijd met de redelijkheid dat Aangeslotene Consument tegenwerpt dat hij bij nauwlettende bestudering van het door hem ondertekende contract had kunnen bemerken dat de overeenkomst niet geheel zonder risico's zou zijn.

4.4.4 Hierin ligt besloten dat de Commissie Consument niet volgt in zijn betoog dat het gehele ingelegde bedrag door Aangeslotene vergoed dient te worden.

4.4.5 Aangezien de op een professionele aanbieder van effectendiensten of beleggingsproducten rustende bijzondere zorgplicht er mede toe strekt de particuliere, niet professionele, wederpartij te behoeden voor diens eigen ondeskundigheid, onachtzaamheid of lictzinnigheid zullen de tekortkomingen van die wederpartij bij de toepassing van art. 6:101 eerste lid BW minder zwaar wegen dan die van die aanbieder.

Naar het oordeel van de Commissie is de tekortkoming die Aangeslotene bij het aangaan van de overeenkomsten heeft vertoond, zoals in het voorgaande vastgesteld en in 4.4.1 samengevat, van zodanige ernst dat zij, de eigen onzorgvuldigheid van Consument niettegenstaande, een aanmerkelijk deel moet vergoeden van het nadeel dat de laatste ten gevolge van de overeenkomsten heeft ondervonden. Naar het oordeel van de Commissie kan dat nadeel, anders dan Aangeslotene betoogt, niet worden beperkt tot de restschuld. De stelling dat, in navolging van het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2009 (LJN BH2811) en het daarbij beoordeelde arrest van het Gerechtshof Amsterdam, voor vergoeding van betaalde rente slechts plaats is indien komt vast te staan dat de overeenkomsten een "onaanvaardbaar zware last" op Consument hebben gelegd, doet naar het oordeel van de Commissie geen recht aan de in art. 6:98 BW opgenomen bepaling dat de omvang van toe te rekenen gevolgen mede wordt bepaald door de aard van de aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van Aangesloten wordt in dit geval hierdoor gekenmerkt dat zij is tekort geschoten in de zorgvuldigheid die een financiële dienstverlener dient te betrachten teneinde te voorkomen dat haar (potentiële) wederpartij financiële risico's loopt die niet in overeenstemming zijn met diens verwachtingen en mogelijkheden. Daarom moet voor het bepalen van de omvang van de aan de tekortkoming toe te rekenen gevolgen in dit geval uitgangspunt zijn, zoals in het voorgaande reeds werd overwogen, dat Consument de overeenkomsten niet zou zijn aangegaan indien de mogelijke consequenties hem naar behoren onder ogen waren gebracht. Daaruit volgt dat ook de rente die Consument uit hoofde van de overeenkomsten heeft betaald tot de aan de tekortkoming toe te rekenen gevolgen behoort.

In het hiernavolgende zal de Commissie de omvang van deze schadevergoedingsplicht nader bepalen.

Alle overige stellingen die partijen hebben betrokken behoeven, wederom in het licht van hetgeen hiervoor reeds is overwogen, geen afzonderlijke bespreking meer.

4.4.6 Alle voormelde omstandigheden meewegend, oordeelt de Commissie naar billijkheid dat Aangeslotene in die gevallen waarin de overeenkomst was afgewikkeld toen



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Consument zijn klacht bij Aangeslotene indiende, zestig procent moet vergoeden van het door Consument geleden nadeel, welk nadeel moet worden begroot op de som van alle betalingen welke Consument krachtens de overeenkomst aan Aangeslotene heeft gedaan, vermeerderd met hetgeen hij bij beëindiging van de overeenkomst nog aan Aangeslotene verschuldigd is geworden - de restschuld - en verminderd met bedragen die Consument uit hoofde van de overeenkomst heeft ontvangen ter zake van dividenden of andere uitkeringen.

- 4.4.7 In verband met de in de voorgaande overweging bedoelde (terug)betalingsverplichting merkt de Commissie nog op dat de in deze zaak betaalde rente door Aangeslotene juist is berekend, mede gelet op het bij dupliek overgelegde overzicht waaruit blijkt dat het in art. 6 van de overeenkomsten bepaalde rentepercentage na vijf jaar is verlaagd, en per contract in totaal € 4.020,29 aan rente is betaald, zodat Consument uit hoofde van alle overeenkomsten tezamen € 12.060,87 rente aan Aangeslotene heeft voldaan.
- 4.4.8 Over het bedrag dat Aangeslotene aldus aan Consument dient te betalen moet rente worden vergoed gelijk aan de wettelijke rente. Deze rente moet worden berekend met ingang van de dag waarop de klacht aan Aangeslotene is voorgelegd of, ten aanzien van betalingen die Aangeslotene nadien nog van Consument heeft ontvangen, vanaf die dag van betaling, telkens tot aan de dag waarop Aangeslotene volledig aan haar in dit bindend advies vastgestelde betalingsverplichting zal hebben voldaan. Voorts dient Aangeslotene aan Consument de eigen bijdrage in de kosten van behandeling van dit geschil ad € 50,- te vergoeden.
- 4.5 De Commissie is ten slotte van oordeel dat haar Reglement het instellen van een (reconventionele) vordering door een Aangeslotene niet toelaat, zodat zij voorbij gaat aan hetgeen Aangeslotene daaromtrent heeft gesteld.

5. Beslissing

De Commissie stelt het bindend advies vast dat Aangeslotene binnen één maand na de dag van verzending aan partijen van een afschrift van dit bindend advies aan Consument betaalt een bedrag ter grootte van zestig procent van de in 4.4.6 genoemde en in 4.4.7 verder gespecificeerde som, ter vermeerderen met rente gelijk aan de wettelijke rente ingaande op de dag waarop de klacht bij Aangeslotene werd ingediend tot de dag van algehele voldoening. Het door Aangeslotene te betalen bedrag wordt vermeerderd met een bijdrage in de kosten van rechtsbijstand van € 452,-, alsmede de door Consument voldane bijdrage in de kosten van behandeling van dit geschil ad € 50,-.

Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak.