



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2011-352 d.d. 24 november 2011

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

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.

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 29 april 2010;
- de aanvulling op het verzoek d.d. 9 augustus 2010;
- het verweerschrift van Aangeslotene van 13 september;
- conclusie van repliek van 24 oktober 2010;
- conclusie van dupliek van 11 maart 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:

- 2.1 Consument heeft op of omstreeks 17 mei 2001 voor het effectenleaseproduct, hierna "het Product", tiental overeenkomsten met contractnummers 0 tot en met 00 ondertekend. Door ondertekening van die overeenkomst heeft Consument verklaard in totaal tien overeenkomsten voor het Product te willen sluiten. Het Product heeft



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

onder meer de volgende kenmerken die in de overeenkomsten en de daarbij behorende Algemene Voorwaarden ook vermeld zijn:

- Aangeslotene belegt voor rekening en risico van Consument per overeenkomst € 7.000,- in negen in de AEX index opgenomen fondsen;
- Aangeslotene leent dit bedrag aan Consument tegen een maandelijks achteraf te betalen rente die effectief 9,9% per jaar bedraagt;
- het Product heeft een looptijd van vijf jaar, met - op verzoek - een verlengingsmogelijkheid van maximaal tien jaar aan deze eventuele verlengingen zijn nog nadere voorwaarden gesteld;
- na vijf 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 € 210,- per overeenkomst uitgekeerd, zijnde 3% van de inleg in euro.
- Ingeval 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 X-groep B.V. (hierna te noemen X-groep) Door tussenkomst van X heeft Consument op 17 mei 2001 een aanvraagformulier voor het Product ondertekend. Consument heeft onweersproken gesteld dat hij een bedrag van € 30.000,- heeft gestort op een spaarrekening bij Aangeslotene voor de eerste betalingen van de effectenlease producten. Deze rekening zou worden aangevuld met verwachte dividenden uit de hiervoor bedoelde belegging en het jaarlijks door Aangeslotene te storten bedrag ad € 210,00 per overeenkomst. Dit bedrag betrof een fractie van de te verwachten koerswinst op de geleaste aandelen. De maandelijkse rentebetalingen ad € 55,51 per overeenkomst uit hoofde van de hiervoor genoemde leningen zouden geschieden ten laste van de spaarrekening bij Aangeslotene.

2.3 De contractuele looptijd van vijf jaar is op of omstreeks 27 augustus 2001 aangevangen. Na afloop van de vaste looptijd van vijf jaar heeft Consument gebruik gemaakt van de in de overeenkomst voorziene mogelijkheid de looptijd te verlengen met maximaal tien jaar. Op of omstreeks 15 november 2009 heeft Consument zich over het afsluiten van de overeenkomsten bij Aangeslotene beklagd, stellende dat hij die overeenkomsten nimmer was aangegaan indien hij juist en volledig was voorgelicht over de daaraan verbonden risico's. Consument verricht nog steeds betalingen.

3. **Geschil**



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- 3.1. Consument vordert, naar de Commissie begrijpt, vergoeding van zijn schade door kwijtschelding van zijn restschuld en restitutie van de door hem betaalde maandelijkse rentebetalingen.
- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Consument heeft contact gehad met X-groep in verband met zijn pensioenvoorziening. Daarbij is hem voorgespiegeld dat hij in het bezit zou komen van een goede pensioenvoorziening. Consument heeft uit een hypothecaire lening in ieder geval een storting van € 30.000,- op de spaarrekening bij Aangeslotene gefinancierd. Het saldo op de spaarrekening zou tezamen met stortingen van eventueel te ontvangen dividenden en overige betalingen voldoende zijn om een opbrengst te behalen die zou voorzien in de pensioenbehoefte van Consument, terwijl voor de risico's niet is gewaarschuwd en deze ook niet zijn toegelicht. Consument is van mening dat Aangeslotene aansprakelijk is voor de door hem geleden schade vanwege het schenden van de bijzondere zorgplicht die op Aangeslotene rust.
Consument betoogt met verwijzing naar jurisprudentie 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. Aangeslotene stelt zich op het standpunt dat het vaste jurisprudentie is dat zij niet verantwoordelijk is voor het handelen of nalaten van de tussenpersonen. Aangeslotene betoogt verder uitvoerig dat de informatieverstrekking in de overeenkomst, 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. Aangeslotene stelt dat de door Consument betaalde rente en eventuele aflossing om die reden geheel voor rekening van Consument dient te blijven. Terzake van verwijten met betrekking tot het niet nakomen van een zorg- en informatieplicht wijst Aangeslotene erop dat zij voor Consument een acceptatietoets heeft uitgevoerd, waaronder een BKR- en een inkomenstoets
Mocht Aangeslotene toch verantwoordelijk worden gehouden voor enig door Consument geleden nadeel, dan beroept zij zich op matiging, aangezien Consument met het aangaan van de overeenkomsten een beleggingsrisico heeft aanvaard. Wat betreft de vaststelling van een eventuele schade wijst Aangeslotene op ontvangen dividenden, welke op de spaarrekening zijn gestort en die in mindering dienen te worden gebracht op de schade.

4. Beoordeling



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- 4.1 Aangeslotene stelt niet verantwoordelijk te zijn voor de gedragingen van X-groep. Consument betwist dit door – naar de Commissie begrijpt – met verwijzing naar een eerdere uitspraak van de Commissie te betogen dat X-groep het product primair heeft aangeboden uit hoofde van zijn reeds bestaande relatie met Aangeslotene. De Commissie begrijpt dat Consument daartegenover stelt dat X-groep het aanbod van het Product primair heeft gedaan uit hoofde van zijn reeds bestaande relatie met Aangeslotene. Om deze reden is Consument van mening dat de gedragingen van X-groep Aangeslotene volledig toe te rekenen zijn.
- 4.2 De Commissie volgt Consument in haar betoog. Het is de Commissie bekend dat X-groep optrad als gevolmachtigd agent van Aangeslotene. Wanneer een effecteninstelling zich bij het aangaan van overeenkomsten van de bemiddeling van een tussenpersoon bedient, komen de gevolgen van gedragingen van deze tussenpersoon, tekortkomingen daaronder begrepen, op gelijke wijze voor rekening van de opdrachtgever als de gevolgen van haar eigen gedragingen en tekortkomingen; in zoverre is er aanleiding aansluiting te zoeken bij het bepaalde in art. 6:76 BW en de bedoelingen van de wetgever zoals die blijken uit de ontstaansgeschiedenis van die bepaling. Het optreden van X-groep is derhalve toe te rekenen aan Aangeslotene (vgl. CvB DSI 27 januari 2005, nr. 91).
- 4.3.1 Bij de beoordeling van deze klacht moet voorop staan dat Aangeslotene bij het aanbieden en uitvoeren van de overeenkomst is opgetreden als effecteninstelling. De aangeboden effectenlease-constructie 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 effectenleaseovereenkomst worden gerekend tot zulke beleggingsbeslissingen.
- 4.3.2 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 vertrouwde - consument niet in staat is op eigen kracht een compleet en realistisch beeld te krijgen van de uitwerking van deze (samengestelde) overeenkomsten.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Aan beleggen met geleend geld zijn risico's verbonden. Er is in het algemeen de mogelijkheid dat geleasede 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 aandelenleaseovereenkomst 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 effectenleaseovereenkomst 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.

4.3.3 Daarentegen behoorde Aangeslotene als professionele dienstverlener zich ervan bewust te zijn dat de aandelen onvoldoende zouden kunnen stijgen om Consument in 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.

4.3.4 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



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

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 geleasete 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.

- 4.3.5 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 effectenleaseovereenkomst 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.
- 4.3.6 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. 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.
- 4.3.7 Voor zover Aangeslotene de stelling heeft betrokken dat deze waarschuwings- en vergewissingsverplichting niet op haar maar op de onafhankelijke tussenpersoon heeft berust, geldt, in aansluiting op hetgeen hiervoor onder 4.3.3 werd overwogen, 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 X-groep 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.
- 4.3.8 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.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- 4.3.9 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 X-groep heeft beperkt tot een onderzoek naar de mogelijkheden van Consument om de rente te kunnen betalen. Een enkele toetsing van het BKR register kan niet worden gelijkgesteld met een gedegen onderzoek naar de financiële mogelijkheden van Consument. Aangeslotene verwijt Consument dat de woonlasten van Consument niet zijn ingevuld op het aanvraagformulier voor het Product. De Commissie is evenwel van mening dat hieruit eens te meer blijkt, dat Aangeslotene geen toereikend onderzoek naar de financiële positie van Consument heeft gedaan. 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.
- 4.4.1 Het vorenoverwogene voert de Commissie tot het oordeel dat Aangeslotene, door de effectenlease-overeenkomsten 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.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Naar het oordeel van de Commissie moet het Consument bij nauwkeurige kennisneming van dit contractformulier 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 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 onderzoeksplicht (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 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 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 lichtzinnigheid 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. In het hiernavolgende zal de Commissie de omvang van deze schadevergoedingsplicht nader bepalen. Naar het oordeel van de Commissie kan het 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



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

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.

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

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

4.4.6 Ten aanzien van overeenkomsten waarvan de looptijd nog niet verstreken was op het moment waarop de klacht aan Aangeslotene is voorgelegd, zijnde 15 november 2009, heeft te gelden dat Aangeslotene Consument na ontvangst van diens klacht een aanbod tot onverwijld beëindiging van de overeenkomst(en) had moeten doen, in afwachting van een nog te nemen beslissing op de stellingen van Consument betreffende vergoeding van zijn schade. Door dit aanbod niet te doen heeft Aangeslotene Consument de meest voor de hand liggende mogelijkheid onthouden zijn schade zoveel mogelijk te beperken. Nu Aangeslotene zodanig aanbod niet heeft gedaan, en aannemelijk is dat Consument na indiening van zijn klacht bij Aangeslotene slechts aan zijn verdere betalingsverplichtingen is blijven voldoen uit beduchtheid voor de gevolgen – zoals een melding aan het Bureau Kredietregistratie – van eenzijdig staken van zijn betalingen, merkt de Commissie alle betalingen die Consument heeft gedaan na het indienen van zijn klacht bij Aangeslotene aan als onverschuldigd gedaan. De Commissie zal daarom bepalen dat deze betalingen volledig worden vergoed, onder aftrek van betalingen ter zake van dividend of anderszins die Aangeslotene na ontvangst van de klacht aan Consument heeft gedaan.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Daarbij zal de Commissie ter vermijding van elk misverstand bepalen dat Consument geen enkele aanspraak op de geleaste aandelen meer kan maken. Voor zover Aangeslotene betoogt dat het nog niet beëindigd zijn van de overeenkomst(en) meebrengt dat niet kan worden vastgesteld of, en zo ja in welke omvang, Consument schade lijdt, wijst de Commissie dat betoog van de hand, reeds omdat de ontwikkeling van aandelenkoersen uitermate onwaarschijnlijk maakt dat Consument tenminste zijn investering zal kunnen terugzien.

- 4.4.7 Het in de voorgaande twee paragrafen overwogene komt erop neer dat Aangeslotene ter zake van een overeenkomst die bij ontvangst van de tot haar gerichte klacht was afgelopen aan Consument moet terugbetalen al hetgeen Consument haar méér heeft voldaan dan veertig procent van het nadeel, zoals in 4.4.5 begroot, of – in geval Consument niet (volledig) aan zijn betalingsverplichtingen krachtens de overeenkomst heeft voldaan – nog slechts betaling mag verlangen van veertig procent van de in 4.4.5 bedoelde som. In geval de overeenkomst nog liep toen Consument zijn klacht aan Aangeslotene voorlegde geldt de in de vorige volzin bedoelde terugbetalingsplicht, respectievelijk beperking in de bevoegdheid nakoming te vorderen, tot dat moment, en dient de Aangeslotene bovendien terug te betalen al hetgeen de Consument haar vanaf dat moment – onverschuldigd – heeft betaald, onder aftrek van eventuele uitkeringen ter zake van dividend of anderszins.
- 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.

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 4.4.7 genoemde som, te 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.

Voor zover Consument na het indienen van zijn klacht bij Aangeslotene uit hoofde van de toen nog lopende overeenkomst betalingen is blijven doen, dient Aangeslotene aan Consument bovendien te betalen een bedrag gelijk aan het totaal



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

van de na dat moment ontvangen betalingen, te vermeerderen met rente gelijk aan de wettelijke rente ingaande dag waarop de onderscheidene betalingen zijn ontvangen tot de dag van algehele voldoening. Het door Aangeslotene te betalen bedrag wordt vermeerderd met de door Consument voldane bijdrage in de kosten van behandeling van dit geschil ad € 50,-.

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.