

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-003 d.d.
6 januari 2015
(mr. J. Wortel, voorzitter en mr. J.J. Guijt, secretaris)**

Samenvatting

Effectenlease. De Commissie acht zich gehouden het rechtsoordeel van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening in haar uitspraken van 1 juli 2014 [Uitspraak 2014-021] en van 15 oktober 2014 [Uitspraken 2014-032, 2014-033 en 2014-034] te volgen. Dit rechtsoordeel houdt in dat voor de (inhoudelijke) beoordeling van geschillen betreffende effectenlease in het bijzonder van belang is hetgeen de Hoge Raad in zijn arresten van 5 juni 2009 ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en NJ 2012/183, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 en NJ 2012/182 alsmede ECLI:NL:HR:2009:BH2822 en NJ 2012/184 heeft overwogen. De Commissie oordeelt dat Aangeslotene door de effectenlease-overeenkomst te sluiten zonder zich bij de verkoop naar behoren te kwijten van haar voorlichtings-, vergewissings- en onderzoeksverplichtingen, jegens Consument is tekortgeschoten. Ingevolge de recente uitspraken van de Commissie van Beroep kan Aangeslotene slechts aanspraak maken op 40% van de restschuld. Nu tussen partijen vaststaat dat de restschuld onbetaald is gebleven, moet de vordering van Consument worden afgewezen.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap Achmea Retail Bank N.V. (rechtsopvolgster onder algemene titel van Levob Bank N.V.), gevestigd te Amersfoort, hierna te noemen Aangeslotene.

I. Procedure

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen, ontvangen op 8 mei 2012;
- de brief van Aangeslotene van 16 juli 2012;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 25 augustus 2012;
- de brief van Aangeslotene van 1 november 2012;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 17 november 2012 met bijlagen;
- de brief van Aangeslotene van 11 februari 2013;
- het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument van 26 augustus 2013 met bijlage;
- de brief van Aangeslotene van 16 december 2013;
- het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument van 11 februari 2014;
- het e-mailbericht van Aangeslotene van 6 maart 2014;
- het e-mailbericht van Aangeslotene van 30 juni 2014.

De Commissie betreft in de beoordeling tevens hetgeen partijen naar aanleiding van de hierna te noemen brief van de voorzitter van de Commissie van 17 juli 2014, aan de Commissie hebben medegedeeld.

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

De Commissie heeft vastgesteld dat het geschil zich leent voor verkorte schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37 van haar Reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 Consument heeft in 1998 met de rechtsvoorganger van Aangeslotene zeven overeenkomsten (met de contractnummers [..1..] t/m [..2..]) gesloten van het effectenleaseproduct “Het Levob Hefboom Effect” (deze overeenkomsten hierna gezamenlijk: “de Overeenkomst”). De Overeenkomst bevat de volgende kenmerken die in de door Consument ondertekende Overeenkomst ook vermeld zijn:
 - Aangeslotene belegt voor rekening en risico van Consument per overeenkomst NLG 15.000,- (€ 6.806,70) in negen in de AEX index opgenomen fondsen;
 - Aangeslotene leent dit bedrag aan Consument tegen een maandelijks achteraf te betalen rente die effectief 12% per jaar bedraagt;
 - het Product heeft een looptijd van tien jaar;
 - Consument heeft de mogelijkheid de overeenkomst na afloop van de vaste periode van tien jaar voort te zetten voor een periode van vijf jaar;
 - na het verstrijken van tien jaar vindt verkoop van de onderliggende effecten plaats waarna Aangeslotene 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 450,- per overeenkomst uitgekeerd, zijnde 3% van de inleg;
 - ingeval op de aandelen dividenden beschikbaar worden gesteld, worden die aan Consument uitgekeerd.
- 2.2 Aangeslotene is een intermediairmaatschappij en de verkoop van haar producten verloopt via tussenpersonen. In het geval van Consument was dat het Landelijk Advies Centrum (hierna: LAC). Door tussenkomst van LAC heeft Consument op 12 juli 1998 een aanvraagformulier voor de Overeenkomst ondertekend.
- 2.3 Na afloop van de vaste looptijd van tien jaar is de Overeenkomst beëindigd. De restschuld, welke Consument niet heeft voldaan, bedraagt volgens de eindafrekening van 12 augustus 2008 € 2.032,40 per overeenkomst, derhalve totaal € 14.226,80.
- 2.4 Vanaf maart 2009 heeft Consument zich bij Aangeslotene over de Overeenkomst beklagd.
- 2.5 De echtgenote van Consument heeft bij brieven van 31 december 2011 en 3 mei 2012 ingevolge artikel 1:89 BW de nietigheid ingeroepen van de Overeenkomst.
- 2.6 Bij brieven van 11 januari 2012 en 23 mei 2012 heeft Aangeslotene aan de echtgenote van Consument medegedeeld de door haar ingeroepen vernietiging niet te aanvaarden.

- 2.7 Aangeslotene heeft Consument bij brief van 16 juli 2012 een aanbod gedaan tot beëindiging van het geschil tegen betaling van het bedrag dat is berekend overeenkomstig de in eerdere uitspraken van de Commissie gehanteerde berekeningswijze.
- 2.8 Bij brief van 1 november 2012 heeft Aangeslotene de Commissie medegedeeld dat bij controle van haar administratie is gebleken dat zij Consument reeds in januari 2012 heeft gedagvaard voor dezelfde zaak en heeft zij de Commissie verzocht de zaak aan te houden tot na de uitspraak van de kantonrechter. Bij vonnis van 22 mei 2013 heeft de kantonrechter Aangeslotene niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering en is de procedure bij de Commissie voortgezet. Aangeslotene heeft bij brief van 16 december 2013 haar voorstel tot minnelijke regeling gehandhaafd en dit aanbod voorzien van een berekening van het te vergoeden bedrag. Consument heeft dit voorstel niet geaccepteerd.

3. Vordering, klacht en verweer

- 3.1 Consument vordert, naar de Commissie begrijpt, vernietiging van de Overeenkomst en vergoeding van zijn schade door ongedaanmaking van het verlies dat hij op de Overeenkomst heeft geleden. Deze schade betreft de inleg (door hem begroot op € 42.000,-), de juridische kosten (onder verwijzing naar een eerdere uitspraak van de Commissie begroot op tien punten van het liquidatietarief) en de wettelijke rente vanaf de datum van de eerste klacht. Bij brief van 1 september 2014 heeft de gemachtigde van Consument de eis ter zake van de zorgplichtschending verminderd tot 80% van de inleg plus 3,5% fictief rendement.
- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
- Consument betoogt dat het aan het tekortschieten van Aangeslotene is te wijten dat de Overeenkomst tot stand is gekomen doordat de tussenpersoon van Consument, zich te buiten is gegaan aan colportage alsmede 'cold calling' in strijd met artikel 26 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer.
 - Er is rechtsgeldig de vernietiging ingeroepen van de Overeenkomst op grond van artikel 1:88 BW.
 - Voorts stelt Consument dat het aan het tekortschieten van Aangeslotene is te wijten dat hij bij het aangaan van de Overeenkomst heeft gedwaald doordat Aangeslotene zich te buiten is gegaan aan misleiding, om welke reden de Overeenkomst moet worden vernietigd. Consument is door LAC een risicoloze polis voorgespiegeld met gegarandeerd hoge opbrengst waardoor Consument in de veronderstelling verkeerde dat de Overeenkomst een spaarproduct betrof welk product geschikt zou zijn voor de door Consument gewenste ouderdomsvoorziening. In ieder geval heeft Aangeslotene bij het aanbieden en het afsluiten van de Overeenkomst haar zorg- en informatieplicht verzaakt. Consument is niet gewezen op de mogelijkheid van verlies van inleg en van bijbetaling achteraf.
 - Consument verwijt Aangeslotene tot slot dat zij heeft verzuimd hem te wijzen op haar interne klachtenregeling en de mogelijkheid de klacht voor te leggen aan Kifid. De klachtbehandeling is daardoor nodeloos ingewikkeld en tijdrovend geworden, zeker nu Aangeslotene daarna ook nog eens is overgegaan tot dagvaarding en er een dubbele procedure werd gevoerd.
- 3.3 Op de stellingen die Aangeslotene tot verweer heeft opgeworpen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

- 4.1 Gelet op art. 1:89, eerste lid, BW kan Consument de geldigheid van de overeenkomst niet aantasten op de grond dat zijn echtgenote geen toestemming heeft gegeven. Daar komt nog bij dat een dergelijk beroep op nietigheid in verband met het bepaalde in art. 1:88 BW naar het oordeel van de Commissie te ver verwijderd is van het begrip “financiële dienst” in de zin van artikel 1 van vernoemd Reglement zodat de Commissie een zodanige klacht ook om die reden niet in behandeling neemt.
- 4.2 Ten aanzien van de overige door Consument ingediende klachten overweegt de Commissie als volgt.
- 4.3 De Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening heeft in uitspraken van 1 juli 2014 [Uitspraak 2014-021] en van 15 oktober 2014 [Uitspraken 2014-032, 2014-033 en 2014-034], opgemerkt dat voor de (inhoudelijke) beoordeling van geschillen betreffende effectenlease in het bijzonder van belang is hetgeen de Hoge Raad onder meer in zijn drie arresten van 5 juni 2009 heeft overwogen. Daarbij is gedoeld op de arresten van de Hoge Raad gepubliceerd als ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en NJ 2012/183, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 en NJ 2012/182 alsmede ECLI:NL:HR:2009:BH2822 en NJ 2012/184. Voor zover thans van belang zijn in de arresten van 5 juni 2009 vrijwel gelijklopende overwegingen opgenomen. De Commissie zal in het hiernavolgende alleen verwijzen naar de overwegingen in het arrest dat is gepubliceerd als NJ 2012/182 (hierna: HR NJ 2012/182).
- 4.4 De Commissie acht zich gehouden dit rechtsoordeel van zijn appelinstantie te volgen. Bij brief van 17 juli 2014 heeft de voorzitter van de Commissie partijen in nog te beoordelen zaken over effectenlease gewezen op de uitspraak van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening van 1 juli 2014, en hen uitgenodigd hun zienswijze kenbaar te maken.
- 4.5 Voor zover de vordering van Consument berust op stellingen aangaande dwaling of misleiding (misleidende reclame) stuit zij af op hetgeen is overwogen in HR NJ 2012/182 bij 4.4.5 en 4.5.4. Bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen voeren zijn niet gesteld.
- Voor zover de vordering berust op stellingen aangaande overtreding van het colportageverbod of het verbod van ‘cold calling’ moet zij worden afgewezen omdat dienaangaande onvoldoende feiten en omstandigheden zijn aangevoerd.
- 4.6 Voor zover de vordering berust op de stelling dat Aangeslotene niet de bijzondere zorgplicht in acht heeft genomen waaraan een financiële dienstverlener ten opzichte van haar wederpartij dient te voldoen, overweegt de Commissie als volgt.
- 4.7 Aangeslotene is bij het aanbieden van de Overeenkomst opgetreden als effecteninstelling. De aangeboden effectenleaseconstructie komt er immers op neer dat Aangeslotene voor rekening en risico van Consument effecten kocht, terwijl de uitkomst van de Overeenkomst afhankelijk is van het koersverloop van die effecten. Hieruit vloeit voort dat Aangeslotene jegens Consument de bijzondere zorg diende te betrachten waartoe een effecteninstelling als bij uitstek deskundige professionele dienstverlener in het algemeen gehouden is jegens een particuliere, niet professioneel handelende consument. In geval van beleggingsbeslissingen waaruit voor de consument (aanzienlijke) (bij)betalingsverplichtingen kunnen voortvloeien, gaat de zorgplicht van de dienstverlener zelfs zo ver dat de particuliere, niet professioneel handelende, belegger in bescherming moet worden genomen tegen diens eigen ondeskundigheid of lichtvaardigheid. Het sluiten van een

effectenlease-overeenkomst is in beginsel aan te merken als zo een beleggingsbeslissing waaruit (bij)betalingsverplichtingen kunnen voortvloeien.

- 4.8 Ten aanzien van de feiten, relevant voor het bepalen van de reikwijdte van de hier bedoelde zorgplicht in het onderhavige geval, stelt de Commissie voorts het volgende vast. Aan beleggen met geleend geld is onder meer het risico verbonden dat de beleggingen bij verkoop te weinig opbrengen om de lening af te lossen. Verder zijn effectenlease-overeenkomsten als de onderhavige niet eenvoudig van aard. Zulke (samengestelde) overeenkomsten vertonen in hun mogelijke uitwerking een complexiteit die voorzienbaar maakt dat de gemiddelde – niet met financiële kwesties vertrouwd – consument niet in staat is op eigen kracht een compleet en realistisch beeld van de mogelijke resultaten te krijgen. Voorts hadden de specifieke risico's van effectenlease ten tijde van het sluiten van de door Consument aangegane Overeenkomst niet een zodanige aandacht in de media gekregen dat zij ook bij een ondeskundig publiek bekend konden worden geacht. Daarentegen behoorde Aangeslotene zich als professionele dienstverlener bewust te zijn van de gerede mogelijkheid dat de koersen van de effecten onvoldoende zouden stijgen om Consument in staat te stellen aan het einde van de looptijd zijn bij de overeenkomsten aangegane schuld af te lossen. Bovendien heeft Aangeslotene de onderhavige overeenkomsten aan een breed publiek aangeboden en daarbij toegelaten dat de overeenkomsten door toedoen van tussenpersonen tot stand kwamen. Er is niet gebleken dat Aangeslotene erop heeft toegezien dat die tussenpersonen geïnteresseerden tijdig van volledige en duidelijke informatie zouden voorzien, en met zoveel woorden de aandacht zouden vestigen op de mogelijkheid van een restschuld.
- 4.9 Onder deze omstandigheden brengt de aard van het aangeboden product mee dat de op Aangeslotene rustende zorgplicht zich uitstrekt tot de precontractuele fase. Aangeslotene was gehouden het door haarzelf opgestelde informatiemateriaal – brochures, aanvraagformulieren en (concept)formulieren van overeenkomsten met de daarbij behorende (algemene) voorwaarden – zodanig op te stellen dat degene die overwoog een overeenkomst als de onderhavige aan te gaan in dat informatiemateriaal de nadrukkelijke en onverbloemde waarschuwing aantrof, in bewoordingen die voor een breed en ondeskundig publiek begrijpelijk zijn, dat, afhankelijk van de ontwikkelingen op de effectenmarkten, na afloop van de overeenkomst niet alleen de investering in het product (de aflossing van de lening en de daarover verschuldigde rente) verloren kon gaan, maar in het ongunstigste geval een bijbetalingsverplichting kon resterend. Alleen op grond van die nadrukkelijke waarschuwing had de geïnteresseerde consument naar behoren kunnen nagaan of het effectenleaseproduct in overeenstemming was met zijn mogelijkheden en verwachtingen, en een deugdelijke afweging kunnen maken tussen het effectenleaseproduct en andere financiële producten, waaronder spaarvormen.
- 4.10 Het is de Commissie niet gebleken dat Aangeslotene aan deze verplichting tot nadrukkelijk wijzen op de mogelijkheid van een restschuld heeft voldaan. In de Overeenkomst is weliswaar vermeld dat geld wordt geleend waarmee effecten worden gekocht en is gestipuleerd dat een eventueel tekort door Consument moet worden aangezuiverd, maar de nadrukkelijke, onverbloemde en in niet mis te verstane bewoordingen gestelde waarschuwing dat daadwerkelijk rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid van een bijbetalingsverplichting is in de overeenkomsten niet te vinden. Evenmin is gebleken dat Consument die waarschuwing heeft kunnen vinden in het overige materiaal dat Aangeslotene Consument voor het tekenen van de Overeenkomst ter beschikking heeft

gesteld, of dat Aangeslotene zich ervan heeft vergewist dat Consument zich bewust was van het risico van een restschuld.

- 4.11 De Commissie stelt op grond van het vorenstaande vast dat Aangeslotene bij het aanbieden van de Overeenkomst niet aan haar zorgplicht heeft voldaan en jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten.
- 4.12 Met betrekking tot de omvang van de daaruit voortvloeiende verplichting tot vergoeding van de door Consument gestelde schade volgt uit de hierboven genoemde arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009 dat Aangeslotene in beginsel een gedeelte van de restschuld voor haar rekening dient te nemen en dat de door de klant betaalde rente niet voor vergoeding in aanmerking komt, tenzij bij het aangaan van de Overeenkomst kon worden vastgesteld dat deze naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware last op Consument zouden leggen. Het antwoord op de vraag of Aangeslotene had behoren vast te stellen dat de Overeenkomst naar redelijke verwachting zo een onaanvaardbaar zware last op Consument zou leggen, dient te worden gegeven met inachtneming van de berekening die is omschreven in het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 en NJ 2012/184.
Feiten en omstandigheden die volgens die berekening op een onaanvaardbaar zware last als hier bedoeld zouden kunnen wijzen zijn door Consument niet gesteld, ofschoon in de bovengenoemde brief van de voorzitter van de Commissie nadrukkelijk is vermeld dat het op de weg van Consument ligt om zulke feiten en omstandigheden naar voren te brengen.
- 4.13 Tussen partijen staat vast dat de restschuld tot op heden onbetaald is gebleven. Uit de hiervoor genoemde uitspraken van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening volgt dat Aangeslotene nog slechts aanspraak zou kunnen maken op betaling van 40% van die restschuld. Van een op Aangeslotene rustende verplichting tot betaling van enig bedrag ter vergoeding van door Consument geleden schade kan derhalve geen sprake zijn. Dit betekent dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.
- 4.14 Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie wijst bij bindend advies de vordering van Consument af.

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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan