

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-010 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 overeenkomst tot op heden nog niet is beëindigd en de Commissie geen bedrag kan vaststellen dat Aangeslotene als schadevergoeding (vergoeding voor het ontstaan van de restschuld) aan Consument zou dienen te voldoen, moet de vordering van Consument worden afgewezen.

Consument,

tegen

de besloten vennootschap Aegon Financiële Diensten B.V., gevestigd te Leeuwarden, 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 7 mei 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

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 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 schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37 van haar Reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. Consument heeft op 29 mei 2001 met Aangeslotene een overeenkomst gesloten van het effectenleaseproduct “Vermogens Vliegwiël-extra” (hierna: ‘de Overeenkomst’). De Overeenkomst is bij Aangeslotene geadministreerd onder contractnummer [..I..]. De Overeenkomst bevat de volgende kenmerken die in de door Consument ondertekende Overeenkomst ook zijn vermeld:
 - Consument neemt van Aangeslotene in lease pakketten aandelen in een viertal AEX genoteerde fondsen met een totale aanschafwaarde van € 7.061,12;
 - Aangeslotene brengt rente in rekening op basis van 11,25% per jaar (11,85% effectief per jaar) hetwelk neerkomt op een bedrag van in totaal € 10.720,96;
 - Aangeslotene brengt voorts toekomstige administratiekosten (€ 4.54 per maand) in rekening;
 - De totaal overeengekomen leasesom bedraagt € 18.871,20;
 - De Overeenkomst wordt aangegaan voor een vaste periode van 240 maanden te rekenen vanaf de aankoopdag van de aandelen;
 - De leasesom wordt terugbetaald in 240 gelijke termijnen van € 78,63;
 - Bij voortijdige beëindiging vindt verkoop van de aandelen plaats en wordt de verkoopopbrengst aan Consument uitbetaald onder verrekening van al hetgeen Consument aan Aangeslotene is verschuldigd. Bij een negatieve uitkomst van deze verrekening dient Consument het gebleken tekort aan Aangeslotene te voldoen;
 - Consument verklaart door ondertekening van de Overeenkomst bekend te zijn met de Bijzondere Voorwaarden Vermogens Vliegwiël-extra van Aangeslotene zoals die zijn bijgeleverd, alsmede de toepasselijkheid daarvan op deze Overeenkomst te aanvaarden en zich bewust te zijn van de aan deze overeenkomst verbonden risico’s.
- 2.2. Aangeslotene is een intermediairmaatschappij en de verkoop van haar producten verloopt via tussenpersonen. In het geval van Consument was dat PensioenPlatform B.V. Door tussenkomst van PensioenPlatform B.V. heeft Consument op 25 mei 2001 een aanvraagformulier voor de Overeenkomst ondertekend.
- 2.3. Bij brief van 28 september 2012 heeft Consument een beroep gedaan op nietigheid van de overeenkomst wegens strijdigheid met de Wet op het Consumentenkrediet. Aangeslotene heeft hierop bij brief van 9 oktober 2012 gereageerd met de mededeling dat zij van mening is dat de Overeenkomst op juiste wijze tot stand is gekomen en dat zij geen reden ziet om de ingelegde bedragen te restitueren. De gemachtigde van Consument heeft vervolgens bij brief van 29 oktober 2012 de klacht voorgelegd aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening. De Ombudsman heeft het dossier op 7 februari 2013 doorverwezen naar de Commissie.
- 2.4. Op enig moment is Consument gestopt met de betaling van de maandtermijnen. Bij e-mailbericht van 9 augustus 2013 heeft Aangeslotene de dochter van Consument bericht dat Consument de Overeenkomst kon beëindigen zonder dat Consument gehouden was een restschuld aan Aangeslotene te voldoen en zonder dat Consument genoodzaakt was Aangeslotene finale kwijting te verlenen met betrekking tot de vorderingen die verband houden met de Overeenkomst. Op dit e-mailbericht heeft Consument niet gereageerd. De overeenkomst is tot op heden niet beëindigd.

- 2.5. Consument heeft tot 21 oktober 2013 voor een totaalbedrag van € 11.221,02 aan inleg betaald en een bedrag van € 1.512,50 aan dividend ontvangen.

3. Vordering, klacht en verweer

- 3.1. Consument vordert vernietiging van de Overeenkomst en terugbetaling van de door hem ingelegde bedragen (door hem begroot op € 11.322,72), vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling door Consument tot aan de dag van terugbetaling door Aangeslotene en veroordeling van Aangeslotene tot vergoeding van juridische kosten. Bij brief van 16 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, PensioenPlatform B.V., de wettelijke regels met betrekking tot een cliëntenremisier heeft overtreden en zich te buiten is gegaan aan colportage alsmede 'cold calling' in strijd met artikel 26 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer.
 - 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 verkeerde in de veronderstelling dat de Overeenkomst een spaarproduct was. Consument heeft de Overeenkomst gesloten met het oog op het dichtens van zijn pensioengat. Dat Consument met het oogmerk 'pensioenopbouw' bereid zou zijn aanzienlijke beleggingsrisico's te lopen is gesteld noch gebleken en bovendien ook niet zonder meer aannemelijk. Daarnaast zou Aangeslotene Consument, die juridisch ongeschoold is, rechtstreeks, zonder tussenkomst van zijn gemachtigde, hebben benaderd en hem daarbij hebben verteld dat zijn klacht kansloos was.
 - Consument betoogt voorts dat Aangeslotene bij het aanbieden en het afsluiten van de Overeenkomst haar zorg- en informatieplicht heeft geschonden, zodat zij jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten en de daardoor door Consument geleden schade moet vergoeden.
 - Consument verwijt Aangeslotene tot slot dat zij heeft verzuimd hem te wijzen op de mogelijkheid de klacht voor te leggen aan Kifid.
- 3.3. Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd besproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1. Alvorens de Commissie tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil kan komen, dient allereerst te worden beslist op het door Aangeslotene gevoerde verweer omtrent de ontvankelijkheid van de klacht. In dat kader overweegt de Commissie als volgt.
- 4.2. Aangeslotene stelt dat de interne klachtenprocedure nog niet is doorlopen en dat de klacht prematuur aan de Commissie is voorgelegd. Uit het dossier maakt de Commissie op dat de Ombudsman de klacht van Consument op 7 februari 2013 naar de Geschillencommissie heeft doorverwezen, nadat een comparitie had plaatsgevonden en bemiddeling niet

haalbaar bleek. Gelet hierop acht de Commissie het niet zinvol om opnieuw de interne klachtenprocedure op te starten en ziet zij voldoende aanleiding om de klacht in behandeling te nemen.

- 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) beoordelingen 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 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 gereede 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 Overeenkomst aangegane schuld af te lossen. Bovendien heeft Aangeslotene het onderhavige effectenleaseproduct 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 resteren. 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 Overeenkomst 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 de overeenkomst naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware last op Consument zou 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 Geschillencommissie 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 Overeenkomst tot op heden niet is beëindigd. Van een restschuld is vooralsnog dan ook geen sprake. Uit de hiervoor genoemde uitspraken van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening volgt dat Aangeslotene slechts aanspraak zal kunnen maken op betaling van 40% van de (eventuele) restschuld. Hieruit volgt dat de Commissie geen bedrag kan vaststellen dat Aangeslotene als schadevergoeding (vergoeding voor het ontstaan van de restschuld) aan Consument zou dienen te betalen. 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 www.kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht-1/4#stappen-plan.