

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-119 d.d.

15 april 2015

(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars en J.C. Buiter, leden en mr. J.J. Guijt, secretaris)

Samenvatting

Klacht tegen de aanbieder van een effectenleaseovereenkomst. Consument verwijt Aangeslotene dat zij is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht. De Commissie acht zich gehouden het rechtsoordeel van de Commissie van Beroep 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. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene bij het aanbieden van de effectenleaseovereenkomst niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. Met betrekking tot de omvang van de hieruit voortvloeiende verplichting tot vergoeding van de door Consument gestelde schade overweegt de Commissie 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 effectenleaseovereenkomst kon worden vastgesteld dat de effectenleaseovereenkomst naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware last op Consument zou leggen. Feiten en omstandigheden die op een onaanvaardbaar zware last bij het aangaan van de effectenleaseovereenkomst zouden kunnen wijzen zijn niet gesteld ofschoon daarom uitdrukkelijk is gevraagd. Nu tussen partijen vast staat dat van een restschuld geen sprake is en een onaanvaardbaar zware last door Consument niet is aangetoond, concludeert de Commissie tot afwijzing van de vordering.

Consument,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AEGON Financiële Diensten B.V., gevestigd te Leeuwarden, hierna te noemen Aangeslotene.

I. Procesverloop

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 klachtformulier, ontvangen op 26 maart 2014;
- het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument van 7 april 2014;
- 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 brief van de secretaris van 18 december 2014 aan de Commissie hebben medegedeeld, te weten het e-mailbericht van Aangeslotene van 16 januari 2015 en de brief van de gemachtigde van Consument van 10 februari 2015.

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. Op 26 november 2001 heeft Consument een aanvraagformulier voor het effectenleaseproduct VermogensVliegwiël-extra ingevuld en ondertekend.
- 2.2. Aangeslotene heeft vervolgens een overeenkomst voor dit effectenleaseproduct (hierna: de Overeenkomst) aan Consument toegezonden. Consument heeft deze overeenkomst op 12 december 2001 ondertekend en geretourneerd waarmee de Overeenkomst tot stand is gekomen. De Overeenkomst is bij Aangeslotene geadmistreerd onder contractnummer [nummer]. De Overeenkomst heeft onder meer de volgende kenmerken, die in de Overeenkomst ook staan vermeld:
 - Consument neemt van Aangeslotene in lease aandelen van een viertal in de AEX index opgenomen fondsen met een totale aanschafwaarde (de hoofdsom) van € 8.186,20 (NLG 18.040,01).
 - De Overeenkomst wordt aangegaan voor een vaste periode van 240 maanden te rekenen vanaf de dag van aankoop van de aandelen.
 - Aangeslotene brengt rente in rekening op basis van 11,25% per jaar (11,85% effectief per jaar, maandelijks achteraf te betalen) hetwelk neerkomt op een bedrag van in totaal € 12.427,88.
 - Aangeslotene brengt voorts toekomstige administratiekosten (€ 4,54 per maand, in totaal € 1.089,60) in rekening.
 - De totaal overeengekomen leasesom bedraagt derhalve € 21.703,20.
 - Deze leasesom wordt terugbetaald in 240 gelijke termijnen van € 90,43.
 - 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 en zich bewust te zijn van de aan de Overeenkomst verbonden risico's.
 - Zodra Consument datgene aan Aangeslotene heeft betaald wat zij haar krachtens de Overeenkomst en de daarbij behorende Bijzondere Voorwaarden verschuldigd is of zal worden, wordt Consument van rechtswege eigenaar van de aandelen.
- 2.3. Aangeslotene is een intermediairmaatschappij en de verkoop van haar producten verloopt via tussenpersonen. In het geval van Consument was dat Interwall Advies en Bemiddeling B.V.
- 2.4. Op 4 december 2012 is de Overeenkomst op verzoek van Consument tussentijds beëindigd 'onder protest en met voorbehoud van alle rechten en wesen' na inzending door Consument van een antwoordcoupon. Op 24 januari heeft Aangeslotene Consument de eindnota doen toekomen. Hierin staat het volgende vermeld:

“Stand van het contract op 4-12-2012

Restant hoofdsom (lening)	€ 5.786,32	
30% korting op de restant lening	€ 1.735,90	
Restant lening na verrekening korting		€ 4.050,42

Opbrengst op basis van de beurskoersen d.d. 4-12-2012

34	aandelen A Royal BK Scotl GR à	€ 3,64	€ 123,76
122	aandelen Royal Dutch Shell A à	€ 25,63	€ 3.126,86
77	aandelen ING Groep NV cert à	€ 7,03	€ 541,31
52	aandelen Koninklijke Ahold NV à	€ 9,86	€ 512,72
	Opbrengst verkoop		€ 4.304,65

Saldo bij verkoop van de aandelen

Te ontvangen	€ 4.304,65
Te betalen	€ 4.050,42 -/
Betalingsachterstand	€ 90,43 -/

Totaal door u te ontvangen € 163,80 ”.

Aangezien nadien door Consument betaling van de achterstallige maandtermijn van € 90,43 nog heeft plaatsgevonden, bedraagt het resultaat uit de verkoop van de beleggingen € 254,23. Dit bedrag is nog niet aan Consument betaald omdat Aangeslotene ondanks verzoeken daartoe van Consument niet de daartoe benodigde gegevens - waaronder een afschrift van een bankrekeningnummer - heeft ontvangen.

- 2.5. Bij brief van 9 december 2012 heeft Consument haar klacht over de Overeenkomst ingediend bij Aangeslotene. Bij brief van 18 december 2012 heeft Aangeslotene op de brief van Consument gereageerd en haar gevraagd informatie te verstrekken over haar persoonlijke en financiële omstandigheden bij aanvang van de Overeenkomst. Vervolgens heeft de gemachtigde van Consument zich bij brief van 16 januari 2013 tot Aangeslotene gewend. Bij brief van 28 januari 2013 heeft Aangeslotene Consument vervolgens medegedeeld dat zij bereid is om in overleg met Consument te bekijken of er aanleiding bestaat voor een coulanceregeling, maar dat zij daarvoor de bij brief van 18 december 2012 opgevraagde gegevens nodig heeft. Consument heeft Aangeslotene deze gegevens niet verstrekt, maar eind januari 2013 een klacht bij Kifid ingediend.

3. Vordering, klacht en verweer

- 3.1. Consument vordert vernietiging van de Overeenkomst en terugbetaling van alle door haar betaalde bedragen (door haar begroot op € 12.071,05 (133* € 90,76)), vermeerderd met wettelijke rente vanaf de datum van inleg tot aan de dag van terugbetaling door Aangeslotene en veroordeling van Aangeslotene in de kosten van rechtsbijstand van Consument.
- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht. Dit tekortschieten is volgens Consument onder meer gelegen in de volgende omstandigheden:

- Bij het aangaan van de Overeenkomst heeft Consument gedwaald doordat Aangeslotene zich te buiten is gegaan aan misleiding om welke reden de Overeenkomst moet worden vernietigd. Consument is bij het aangaan van de Overeenkomst voorgehouden dat zij in ieder geval het door haar ingelegde bedrag terug zou krijgen, maar hoogstwaarschijnlijk veel meer. Consument verkeerde in de veronderstelling dat de Overeenkomst een spaarpolis betrof.
- Aangeslotene is zich te buiten gegaan aan 'cold calling'. Bovendien had Consument geen bedenktijd omdat haar tussenpersoon op 12 december 2001 bij haar op bezoek is geweest en de volgende dag de Overeenkomst al naar Aangeslotene is gestuurd.
- Aangeslotene heeft bij het aanbieden en het afsluiten van de Overeenkomst haar zorgen informatieplicht geschonden. Aangeslotene heeft niet aangetoond dat zij Consument de brochure heeft overhandigd. Voorts verwijt Consument Aangeslotene dat zij weigert inzage te verschaffen in het volledige klachtdossier. Bij Consument ontbreekt iedere informatie doordat zij destijds naar het buitenland is verhuisd en haar ouderlijk adres als postadres gebruikt.
- Aangeslotene heeft door de door de tussenpersoon aangebrachte handmatige wijzigingen op het aanvraagformulier haar eigen acceptatiebeleid overschreden.

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. De Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening heeft in haar uitspraken van 1 juli 2014 [Uitspraak 2014-021] en van 15 oktober 2014 [Uitspraken 2014-032, 2014-033 en 2014-034] overwogen dat voor de (inhoudelijke) beoordelingen van geschillen betreffende effectenlease in het bijzonder van belang zijn de overwegingen van de Hoge Raad in onder meer zijn drie arresten van 5 juni 2009. 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).
- 4.2. De Commissie acht zich gehouden dit rechtsoordeel van zijn appelinstantie te volgen. Bij brief van 18 december 2014 heeft de secretaris van de Commissie partijen gewezen op voornoemde uitspraken van de Commissie van Beroep en hen gewezen op het feit dat de Geschillencommissie zich aan de uitspraken van de Commissie van Beroep gebonden acht. Daarnaast zijn partijen in de gelegenheid gesteld, indien zij van mening zijn dat zich in deze zaak bijzondere omstandigheden voordoen die tot afwijking van genoemde uitgangspunten nopen, de Commissie zulks gemotiveerd mede te delen.
- 4.3. 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 cold calling moet zij worden afgewezen omdat dienaangaande onvoldoende feiten en omstandigheden zijn aangevoerd.

- 4.4. 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.
- 4.5. 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 een consument (aanzienlijke) (bij)betalingen 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 effectenleaseovereenkomst is in beginsel aan te merken als zo een beleggingsbeslissing waaruit (bij)betalingen kunnen voortvloeien.
- 4.6. 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 effectenleaseovereenkomsten 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 effectenleaseovereenkomst 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 Overeenkomst aangegane schuld af te lossen. Bovendien heeft Aangeslotene het onderhavige effectenleaseproduct aan een breed publiek aangeboden en daarbij toegelaten dat deze 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.
- 4.7. 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 een 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.

- 4.8. 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.
- 4.9. 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. In dit oordeel ligt besloten dat de Commissie niet aanvaardt dat Aangeslotene haar aansprakelijkheid ontgaat met de stelling dat het optreden van een tussenpersoon meebrengt dat de zorg voor adequate informatieverstrekking aangaande de risico's van het effectenleaseproduct op die tussenpersoon is komen te rusten. Die stelling doet geen recht aan de reikwijdte van de op Aangeslotene rustende zorgplicht bij het aanbieden van een product waaraan de hiervoor omschreven risico's zijn verbonden.
- 4.10. Voor zover Consument heeft gesteld dat het hierboven omschreven tekortschieten van Aangeslotene meebrengt dat op Consument geen enkele onderzoeksplicht (meer) rustte, zodat de schade volledig aan dat tekortschieten moet worden toegerekend, wordt die stelling verworpen. Uit de rechtspraak kan 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 of onvolledige informatie kan beroepen zonder nog tot enige vorm van eigen onderzoek gehouden te zijn. In dit geval moet in aanmerking worden genomen dat Consument pas door het retourneren van het ondertekende contractsformulier te kennen gaf dat zij het aanbod tot aangaan van de Overeenkomst wenste te aanvaarden. Zij was dus – anders dan Consument stelt - vóór dat moment voldoende in de gelegenheid het door Aangeslotene ter beschikking gestelde contractsformulier te bestuderen. Door retourzending van de ondertekende Overeenkomst achterwege te laten, had Consument daarvan af kunnen zien. Naar het oordeel van de Commissie moet het Consument bij nauwkeurige kennisneming van het contractsformulier duidelijk zijn geworden dat er een restschuld kon resteren. Daarin is immers vermeld dat sprake is van een geldlening die na verkoop van de geleasede effecten moet worden terugbetaald. De Commissie beschouwt als feit van algemene bekendheid dat de waarde van effecten wordt bepaald door koersontwikkelingen, terwijl die koersontwikkelingen een mate van onzekerheid aankleeft. Consument moet derhalve worden verweten dat zij de Overeenkomst is aangegaan zonder zich te verdiepen in, en zo

nodig te informeren naar, de precieze aard en potentiële risico's het onderhavige beleggingsproduct.

- 4.11. Met betrekking tot de omvang van de uit 4.9 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 effectenleaseovereenkomst 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 richtlijnen die zijn omschreven in vornoemde arresten van de Hoge Raad, welke richtlijnen door het Hof Amsterdam in een aantal arresten van 1 december 2009 (ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978; ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4981 en ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4982) nader zijn ingevuld, welke invulling door de Hoge Raad is gesanctioneerd op 29 april 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BP4012 en ECLI:NL:HR:2011:BP4003).
- Feiten en omstandigheden die volgens die berekening op een onaanvaardbaar zware last als hier bedoeld zouden kunnen wijzen zijn door Consument niet gesteld, ofschoon nadrukkelijk aan partijen is medegedeeld (o.a. in de brief van de Voorzitter van 17 juli 2014 die partijen als bijlage bij de brief van 18 december 2014 is toegezonden) dat het op de weg van Consument ligt om zulke feiten en omstandigheden naar voren te brengen.
- 4.12. Nu tussen partijen vaststaat dat geen sprake is van een restschuld en een onaanvaardbaar zware last door Consument niet is aangetoond, dient de vordering van Consument te worden afgewezen. 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.