



**KiFiD**

**Klachteninstituut Financiële Dienstverlening**

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-188**

**d.d. 21 juni 2012**

**(mr. V. van den Brink, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en G.J.P. Okkema, leden, en mr. F.L.N. Tahalele, secretaris)**

**Samenvatting**

Betreft een aandelenleaseproduct. De Commissie oordeelt dat Aangeslotene door de effectenlease-overeenkomst te sluiten zonder zich in de precontractuele fase naar behoren te kwijten van haar voorlichtingsverplichting, jegens Consument is tekortgeschoten en dat de geleden schade in beginsel vergoed moet worden.

**I. Procedure**

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

- het door Consument ingevulde vragenformulier met bijlagen, ontvangen 1 juli 2008;
- het verweer van Aangeslotene van 9 maart 2009;
- de repliek van Consument van 23 maart 2009;
- de dupliek van Aangeslotene van 3 juni 2009;
- de relevante stukken uit het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening.

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 partijen opgeroepen voor een hoorzitting op 23 september 2009 te Den Haag.

**2. Feiten**

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument heeft een inschrijfformulier, gedateerd 17 december 2001, voor het effectenleaseproduct X (hierna: het product) ingediend. Het product heeft onder meer de volgende kenmerken:

- Aangeslotene belegt voor rekening en risico van Consument een bedrag van € 7.500 in participaties in het (naam Aangeslotene) Garantiefonds (hierna: de participaties)
- Aangeslotene leent dit bedrag aan Consument tegen een maandelijks te betalen rente die effectief 8,3% per jaar bedraagt;
- het product heeft een looptijd van vijf jaar;



**KiFiD**

**Klachteninstituut Financiële Dienstverlening**

- ná vijf jaar verkoopt Aangeslotene de participaties waarna zij de opbrengst van de verkoop gebruikt ter aflossing van de uitstaande lening. Een daarna resterend surplus keert zij aan Consument uit;
- het product kent een gegarandeerde einduitkering (de zogenaamde garantiewaarde) waarmee bij de afloop het geleende bedrag kan worden terugbetaald;
- de waardeontwikkeling van de participaties is gerelateerd aan de ontwikkeling van 3 indices te weten Nikkei 225 voor 40%, Dow Jones EuroStoxx voor 35% en S&P 500 voor 25%.

2.2 Aangeslotene is een intermediairmaatschappij en de verkoop van haar producten verloopt via tussenpersonen. In het geval van Consument was dat Y Groep. Door tussenkomst van Y Groep heeft Consument op 17 december 2001 een inschrijfformulier voor het product ondertekend.

2.3 Aangeslotene is op 2 maart 2002 overgegaan tot de aankoop van de participaties. De contractuele looptijd liep af op 28 februari 2007. Gedurende die periode heeft Consument maandelijks een bedrag van € 50 aan rentevergoeding betaald.

2.4 Met haar brief van 14 maart 2007 zond Aangeslotene Consument een eindafrekening. Uit die afrekening blijkt dat de participaties bij verkoop € 10.115 hebben opgebracht. Na aftrek van de lening van € 7.500 resteerde een bedrag van € 2.655. Dit bedrag is door Aangeslotene aan Consument vergoed.

### **3 Geschil**

3.1 Consument vordert een bedrag van € 4.845, te verhogen met rente. Consument stelt dat hem was toegezegd dat hij na vijf jaar een bedrag van € 7.500 zou ontvangen met rente. Consument is afgegaan op een juichende advertentie van Aangeslotene. Hierin was het bedrag van € 7.500 vermeld. Op basis van die advertentie heeft Consument zich via een derde bij Aangeslotene voor dit product aangemeld.

Naar de Commissie begrijpt, stelt Consument dat er sprake is van misleidende reclame en dat hem is voorgehouden dat hij een spaarproduct aanschafte waarbij hij met een maandelijks inleg van € 50 na verloop van vijf jaar een uitkering van € 7.500 zou ontvangen.

3.2 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.

Aangeslotene heeft, na ontvangst van het aanvraagformulier, Consument op 17 januari 2001 een zogenaamd Welkomstpakket gezonden. Dit pakket omvat o.m. een exemplaar van de Algemene Voorwaarden, de Specifieke bepalingen van het (Aangeslotene) Garantiefonds en een brochure over het product. Deze documenten bevatten volgens Aangeslotene voldoende informatie over de kansen en risico's die aan het product verbonden zijn. Aangeslotene wijst er daarbij op dat er in de loop der tijd verschillende gerechtelijke uitspraken zijn gedaan, waarin dit standpunt wordt bevestigd.



**KiFiD**

**Klachteninstituut Financiële Dienstverlening**

Consument had op basis van deze informatie zelf moeten beoordelen wat het product inhield.

Aangeslotene wijst er op dat, anders dan bij andere vergelijkbare producten, het product dusdanig is samengesteld dat er na afloop geen restschuld kan ontstaan.

De overeenkomst voorziet niet in de levering van effecten en er is daarom ook geen sprake van lease.

Het risico dat een belegger in het product loopt, beperkt zich tot het verlies van de rentebetalingen. De omvang van die betalingen is door Consument zelf bepaald en het totale risico was voor Consument dus ook voorzienbaar. Om die reden was volgens Aangeslotene geen aanleiding om onderzoek naar de financiële situatie van Consument te doen.

Aangeslotene stelt dat eventuele teruggave van de rentebetalingen zou betekenen dat het product onbedoeld verandert in een beleggingsproduct zonder enig risico voor de belegger.

Tenslotte wijst Aangeslotene er nog op dat Consument in totaal € 3.000 aan rentebetalingen heeft voldaan terwijl hij nu de garantiewaarde vordert onder aftrek van de opbrengst van het product bij afloop. Deze vordering van € 4.845 klopt niet met het bedrag dat Consument per saldo heeft betaald, zijnde € 345; voor zover de Commissie zou overwegen de vordering toe te wijzen, zou deze zich moeten beperken tot dat bedrag.

Aangeslotene verzoekt de Commissie de vordering af te wijzen.

#### **4. Beoordeling**

4.1 De Commissie stelt vast dat, anders dan Aangeslotene meent, het product als een effectenleaseconstructie moet worden aangemerkt.

Aangeslotene leent Consument een bepaald bedrag, waarop Aangeslotene dit bedrag belegt volgens een door haarzelf vastgesteld schema gedurende een vooraf bepaalde periode.

Hiermee zijn de wezenskenmerken van een effectenleaseproduct gegeven. Het enkele feit dat aan het einde van de looptijd de beleggingen worden geliquideerd en er geen sprake is van – mogelijke – fysieke levering van de desbetreffende waarden, doet aan het voorgaande niet af.

4.2.1 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 effectenleaseconstructie komt er immers op neer dat, zoals hiervoor gesteld, Aangeslotene voor rekening en risico van Consument beleggingen doet, terwijl de uitkomst van de overeenkomst afhankelijk is van de waardeontwikkeling van die beleggingen. Hieruit



**KiFiD**

**Klachteninstituut Financiële Dienstverlening**

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.

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 worden gehouden 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.

Alhoewel het belangrijkste risico van beleggen met geleend geld, zijnde de mogelijkheid dat een restschuld ontstaat in dit geval ontbreekt, kent het product een ander belangrijk nadeel. De kosten die de consument moet betalen bij het aangaan van een effectenleasecontract 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 effectenleasecontract de desbetreffende beleggingen beduidend in waarde zijn gestegen. Niet alleen bij een waardedaling maar zelfs bij een beperkte waardestijging 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 overeenkomst 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 beleggingen onvoldoende in waarde zouden kunnen stijgen om Consument zijn volledige investering terug te bezorgen laat staan hem een rendement te verschaffen.

Consumenten zoals Consument hebben een eigen verantwoordelijkheid bij de aanschaf van financiële producten. Zij kunnen die verantwoordelijkheid echter 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.



**KiFiD**

**Klachteninstituut Financiële Dienstverlening**

Reeds daarom diende Aangeslotene het door haarzelf verspreide informatiemateriaal – brochures, aanvraagformulieren en (concept)formulieren van overeenkomsten en de daarbij behorende 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 de kans aanwezig was dat de opbrengst van de verkoop van de beleggingen niet of nauwelijks toereikend zou zijn om de investering van de consument te compenseren zodat zijn investering geheel of gedeeltelijk 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 uitstrekte 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 billijkheid alsmede de door een instelling als Aangeslotene jegens haar (potentiële) cliënten in acht te nemen zorgplicht eisen dat.

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 beleggingen worden gedaan, 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 in ander door Aangeslotene aan Consument ter beschikking gesteld informatiemateriaal is opgenomen. 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 De Commissie acht het aannemelijk dat Consument de overeenkomst is aangegaan omdat hij zich door tekort schietende 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.

4.3.1 Het vorenoverwogene voert de Commissie tot het oordeel dat Aangeslotene door de effectenlease-overeenkomst te sluiten zonder zich in de precontractuele fase naar behoren te kwijten van haar bovenomschreven voorlichtingsverplichting, 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.



**KiFiD**

**Klachteninstituut Financiële Dienstverlening**

Het is aannemelijk dat Consument de overeenkomst niet zou hebben gesloten, indien hij zich er rekenschap van had gegeven dat hij onder de hiervoor aangegeven omstandigheid het reële risico liep zijn investering geheel of ten dele te verspelen. Het nadeel dat hij door het aangaan van de overeenkomst heeft geleden, dient Aangeslotene in beginsel te vergoeden.

4.3.2 Tot op zekere hoogte is dat nadeel evenwel ook aan Consument zelf te wijten. Na het indienen van het inschrijfformulier zond Aangeslotene Consument een zogenaamd welkomstpakket bevattende onder meer de Algemene Voorwaarden, de specifieke bepalingen van het Garantiefonds en een brochure. Consument was vervolgens gedurende twee weken na ontvangst van dat pakket in de gelegenheid van de overeenkomst af te zien. Gedurende die periode was Consument dus in de gelegenheid het verstrekte materiaal te bestuderen en zich desgewenst nader te laten voorlichten voordat de overeenkomst van kracht zou worden.

Naar het oordeel van de Commissie moet het Consument bij nauwkeurige kennisneming van dit documentatiemateriaal in elk geval duidelijk zijn geworden dat de overeenkomst niet zonder risico zou zijn. Daarin is immers vermeld dat er sprake is van een geldlening. Hij kon erin vinden dat de overeenkomst mede de aanschaf en op termijn de verkoop van aan indices gerelateerde effecten inhield. De Commissie beschouwt het als een feit van algemene bekendheid dat beleggingen van deze aard gepaard gaan 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 overeenkomst is aangegaan zonder zich te verdiepen in, en zo nodig nader te laten informeren omtrent de precieze aard en de potentiële omvang van de daaraan verbonden risico's.

4.3.3 Dit laatste geldt in het bijzonder voor de stelling van Consument dat er sprake was van misleidende reclame en dat hem zou zijn toegezegd dat hij na vijf jaar een uitkering van € 7.500 zou ontvangen.

In de door Aangeslotene aan Consument gezonden brochure alsmede in de overeenkomst staat duidelijk vermeld dat Aangeslotene het genoemde bedrag voorschiet en dat het door Consument betaalde maandbedrag bestaat uit rente over dat voorschot.

Voorzover Consument deze stellingen baseert op de inhoud van de advertentie, die voor hem aanleiding was tot aanschaf van het product over te gaan, had het op zijn weg gelegen zijn stelling te onderbouwen door het overleggen van die advertentie. Consument heeft dat niet gedaan en de Commissie beschikt niet anderszins over de tekst van die advertentie, maar zij acht het niet aannemelijk dat de inhoud daarvan voornoemde stellingen ondersteunt.

Deze stellingen van Consument moeten dan ook worden verworpen.

4.3.4 Aangezien de op de 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 de aanbieder.



**KiFiD**

**Klachteninstituut Financiële Dienstverlening**

Naar het oordeel van de Commissie is de tekortkoming die Aangeslotene bij het aangaan van de overeenkomst heeft vertoond, zoals in het voorgaande vastgesteld en in 4.3.1 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 overeenkomst heeft ondervonden.

De Commissie volgt Aangeslotene niet in haar betoog dat, in navolging van het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 15 november 2007, LjN BP7971 (onherroepelijk geworden door verwerping van een daartegen ingesteld cassatieberoep bij arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2009, LjN BH2811) moet worden geoordeeld dat voor vergoeding van betaalde rente geen plaats is behoudens bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de Aangeslotene de Consument had moeten behoeden voor de mogelijkheid dat ook diens investering in betaalde rente verloren zou gaan. Die opvatting 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 Aangeslotene wordt in dit geval hierdoor gekenmerkt dat Aangeslotene 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.

Het door de tekortkoming veroorzaakte en daarom door Aangeslotene te vergoeden nadeel bestaat uit de door Consument betaalde rentebedragen tot een totaal van € 3.000 onder aftrek van de aan hem betaalde opbrengst bij afloop van de overeenkomst ten bedrage van € 2.655, zijnde per saldo een bedrag van € 345.

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

4.3.6 Alle voormelde omstandigheden meewegend, oordeelt de Commissie naar billijkheid dat Aangeslotene zestig procent moet vergoeden van voornoemd nadeel zijnde een bedrag van € 207.

Dit bedrag dient te worden verhoogd met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf de dag dat de klacht voor het eerste schriftelijk aan Aangeslotene is voorgelegd tot aan de dag van algehele voldoening alsmede met de door Consument voor deze procedure betaalde eigen bijdrage van € 50.



**KiFiD**

**Klachteninstituut Financiële Dienstverlening**

## **5. Beslissing**

De Commissie stelt het bindend advies vast dat Aangeslotene binnen de termijn van één maand na de dag van verzending aan partijen van een afschrift van dit bindend advies aan Consument vergoedt een bedrag van € 207 te verhogen met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf de dag dat de klacht voor het eerst schriftelijk aan Aangeslotene is voorgelegd tot aan de dag van algehele voldoening alsmede te verhogen met de door Consument voor deze procedure betaalde eigen bijdrage van € 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.