

Uitspraak Commissie van Beroep 2014-040 d.d. 31 december 2014

(mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. A. Bus, mr. C.A. Joustra, mr. W.J.J. Los en mr. F.H.J. Mijnsen, leden, en mr. M.J. Drijfholt, secretaris)

Samenvatting

Effectenlease. Aansprakelijkheid voor gedragingen van de tussenpersoon; belanghebbende moet feiten en omstandigheden stellen die toerekening van gedragingen van de tussenpersoon rechtvaardigen. Geen dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden. Schending zorgplicht: verdeling schade overeenkomstig HR 5 juni 2009.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

Tussenuitspraak

1. De procedure in hoger beroep

- 1.1 Belanghebbende heeft bij een op 29 mei 2013 bij Kifid binnengekomen beroepschrift de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 28 maart 2013 (dossiernr. [nummer]) ter toetsing voorgelegd. Dit beroep is gebaseerd op artikel 22.1 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (oud) dan wel artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (nieuw), in beide gevallen in verbinding met artikel 5.1 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Reglement van Beroep).
- 1.2 De bank heeft een op 3 juli 2013 gedateerd verweerschrift ingediend.
- 1.3 De Beroepscommissie heeft het beroep mondeling behandeld op 9 september 2013 tezamen met de zaak [naam]/[naam]. De behandeling is met goedvinden van beide partijen beperkt tot de ontvankelijkheid. Partijen waren aanwezig, hebben hun standpunten nader toegelicht en vragen van de Beroepscommissie beantwoord.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Inleiding op de beoordeling van het beroep

- 3.1 De Beroepscommissie gaat op grond van:
 - hetgeen de Geschillencommissie onbestreden heeft vastgesteld,
 - de niet of niet voldoende weersproken inhoud van de stukken van het geding en
 - hetgeen bij de mondelinge behandeling is gebleken,uit van het volgende.

- (i) Belanghebbende heeft na bemiddeling door [naam] B.V. op of omstreeks 28 oktober 1999 met de rechtsvoorgangster van de bank een effectenleaseovereenkomst gesloten. De overeengekomen leasesom bedroeg in totaal € 70.789,68, bestaande uit een hoofdsom van € 27.659,08 en de in totaal te betalen rente van € 14.157,94.
- (ii) Belanghebbende heeft de overeenkomst in september 2004 tussentijds beëindigd. De bank heeft hem vervolgens op 23 september 2004 een eindafrekening gezonden. Per saldo had belanghebbende een restschuld van € 9.484,22. Dit bedrag heeft hij onder protest voldaan.
- (iii) Bij brief van 1 april 2005 heeft belanghebbende de bank op verschillende gronden aansprakelijk gesteld voor de door hem als gevolg van de effectenleaseovereenkomst geleden schade. Hij heeft de bank gesommeerd de door hem betaalde bedragen terug te betalen.
- (iv) Vervolgens heeft de bank belanghebbende bij brief van 6 december 2005 bericht dat hij niet in aanmerking kwam voor een vergoeding volgens de Duisenbergregeling. Belanghebbende heeft op 13 juli 2007 een opt-out-verklaring afgelegd.
- (v) Bij brief 15 oktober 2007 schrijft de gemachtigde van belanghebbende (onder meer namens belanghebbende) het volgende aan de bank:

“(...) Namens deze cliënten (waarvan een machtiging bij dit schrijven is ingevoegd), waarvoor (of door welke zelf) reeds opt-out verklaringen zijn afgelegd, zal ik een gerechtelijke procedure tegen u aanvangen om de door hen geleden schade op u te verhalen.

De aan te voeren argumenten zijn:

(...)

- Een eegalease argument op basis waarvan het/de contract(en) worden dan wel zijn vernietigd op grond van de artikelen 1:88 lid 1 sub d en 89 BW wegens het ontbreken van de vereiste toestemming van de andere echtgenoot/partner. Op de ontstane nietigheid wordt namens cliënten een beroep gedaan.*
- De Wet op het Consumentenkrediet, daar door u aan cliënt een krediet is verstrekt, terwijl u niet beschikte over een vergunning als bedoeld in artikel 9 van de Wet op het Consumentenkrediet. Hierdoor zijn betreffende contracten nietig ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW. Namens cliënten wordt een beroep gedaan op deze nietigheid.*
- Verder worden contracten vernietigd dan wel ontbonden op grond van schending van de zorgplicht en de artikelen 3:44 BW (misbruik van omstandigheden), 6:74 BW (wanprestatie), 6:162 BW (onrechtmatige daad), 6:194 BW (misleidende reclame) en 6:229 BW (dwaling).*
- Voorts wordt namens cliënten het recht voorbehouden om hiertoe nog andere gronden aan te voeren.”*

- (vi) Bij brief van 24 juli 2009 heeft de gemachtigde van belanghebbende namens een aantal cliënten, waaronder belanghebbende, de bank nogmaals en op dezelfde gronden gesommeerd de door cliënten aan de bank betaalde bedragen vermeerderd met wettelijke rente terug te betalen.
- (vii) De bank heeft op deze brief gereageerd bij een brief van 14 augustus 2009. De bank schrijft dat alle cliënten met contracten die door de eega binnen 3 jaar na het aangaan van de overeenkomst(en) zijn vernietigd, een voorstel hebben gehad conform het Van Tuijl-arrest (HR 28 maart 2008; LJN BC2837; NJ 2009, 578). De bank wijst het beroep op nietigheid/vernietigbaarheid/ontbinding op grond van artikel 9 Wet op het Consumentenkrediet, misbruik van omstandigheden, wanprestatie, onrechtmatige daad, misleidende reclame en dwaling van de hand met een beroep op een drietal arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009 (LJN BH2811, LJN BH2815 en LJN BH2822, respectievelijk NJ 2012, 183, NJ 2012, 182 en NJ 2012 184). Tot slot verzoekt de bank gemachtigde haar vorderingen per klant te specificeren en geen algemene brief meer te sturen. De bank vervolgt:
- “Indien wij de lijn van de verschillende Gerechtshoven volgen, welke in de ogen van [naam bank] bevestigd wordt door de recente uitspraak van de Hoge Raad, dan leidt de schending van de zorgplicht in het grootste deel van de zaken slechts tot een verdeling van de restschuld. Voor zover er ten aanzien van, of voor uw cliënten, al een gedeeltelijke terugbetalingsregeling c.q. recht op schadevergoeding zou bestaan, wijst [naam bank] uw algemene sommatie van de hand.”*
- (viii) Bij e-mailbericht van 1 februari 2010 heeft de bank aan de gemachtigde van belanghebbende medegedeeld voornemens te zijn alle lopende effectenleaseprocedures buitengerechtelijk af te doen conform de arresten van het Hof Amsterdam van 1 december 2009 (LJN BK 4978, LJN BK4981, LJN BK4982 en LJN BK4983). Daarop heeft de gemachtigde van belanghebbende bij e-mailbericht van 8 februari 2010 de bank medegedeeld dat zij de mogelijkheid van schikken wil bekijken.
- (ix) In het dossier bevinden zich stukken waaruit blijkt dat partijen in ieder geval in de periode februari - maart 2011 hebben onderhandeld over een schikking. Deze onderhandelingen zijn op niets uitgelopen. Bij e-mailbericht van 1 maart 2011 heeft de bank ter oplossing van het geschil aangeboden een bedrag van € 8.440,97 (inclusief wettelijke rente) te vergoeden. De gemachtigde van belanghebbende heeft de bank bij e-mailbericht van 9 mei 2011 medegedeeld hiermee niet in te stemmen en de zaak te zullen voorleggen aan het Kifid.
- (x) De Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft bij brief van 12 mei 2011 bevestigd op 11 mei 2011 een klacht van belanghebbende tegen de bank te hebben ontvangen. Bij brief van 20 mei 2011 heeft de Ombudsman te kennen gegeven geen bemiddelingsmogelijkheden te zien.
- (xi) Bij brief van 6 juni 2011 is bevestigd dat de Geschillencommissie op 31 mei 2011 een klacht van belanghebbende heeft ontvangen.

- 3.2 Belanghebbende vordert vergoeding van de door hem geleden schade, welke schade hij begroot op € 35.743,99, te vermeerderen met de wettelijke rente. Daarnaast verzoekt belanghebbende de bank te bevelen het BKR op te dragen alle noteringen te verwijderen dan wel ongedaan te maken. Aan deze vorderingen legt belanghebbende het volgende ten grondslag.
De effectenleaseovereenkomst is buitengerechtelijk vernietigd op grond van bedrog, dwaling en/of misbruik van omstandigheden, waardoor de door belanghebbende aan de bank gedane betalingen onverschuldigd zijn geschied.
Daarnaast is de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden op grond van misleiding. Tot slot heeft de bank jegens belanghebbende onrechtmatig gehandeld en is zij schadeplichtig wegens schending van de bijzondere zorgplicht.
- 3.3 De bank heeft gemotiveerd verweer gevoerd en zich onder meer beroepen op niet-ontvankelijkheid van de klacht van belanghebbende.
- 3.4 De Geschillencommissie heeft geconcludeerd dat belanghebbende zowel naar het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening dat gold tot 1 oktober 2011 (hierna: het oude Reglement), als naar het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening dat geldt vanaf 1 oktober 2011 (hierna: het nieuwe Reglement) in zijn klacht niet-ontvankelijk is.
- 3.4.1 Ter zake van het oude Reglement oordeelt de Geschillencommissie dat de klacht niet-ontvankelijk is op grond van artikel 10.1 sub (e). De klacht houdt in de kern verband met de mate van voorlichting ten tijde van het tot stand komen van de effectenleaseovereenkomst (in 1999) en er liggen dus feiten en omstandigheden aan ten grondslag die zich meer dan tien jaar geleden hebben voorgedaan. Hoewel belanghebbende betoogt nog duidelijke herinneringen te hebben aan de voorlichting destijds, is de Geschillencommissie van oordeel dat het tijdsverloop in deze zaak wel degelijk een grote rol speelt bij de mogelijkheid te kunnen reconstrueren wat er destijds is besproken. Daarbij is ook van belang dat het verstrijken van geruime tijd bij de bank de verwachting kan wekken dat haar geen tekortkomingen worden verweten die (veel) eerder naar voren hadden kunnen worden gebracht.
- 3.4.2. Ter zake van het nieuwe Reglement oordeelt de Geschillencommissie dat de klacht niet-ontvankelijk is op grond van artikel 15 lid 2. De Geschillencommissie is van oordeel dat belanghebbende de daarin vermelde redelijke termijn van in beginsel drie maanden niet in acht heeft genomen. De brief van 14 augustus 2009 van de bank beschouwt de Geschillencommissie in dit verband als ondubbelzinnig een definitieve afwijzing. De Geschillencommissie overweegt voorts dat het niettemin mogelijk is dat partijen – ondanks een definitieve afwijzing - komen tot zodanige nadere onderhandelingen, dat de daarin door de bank gewekte verwachtingen meebrengen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als desondanks van haar wederpartij verwacht zou worden dat zij zich ondertussen tot het Kifid zou wenden. Deze situatie doet zich volgens de Geschillencommissie in dit geval niet voor.

- 3.4.3 Over de brief van 17 oktober 2011 waarbij aan belanghebbende is meegedeeld dat de Geschillencommissie het geschil voorshands in behandeling neemt, overweegt de Geschillencommissie dat de toevoeging 'voorshands' nu juist de mogelijkheid openlaat dat op de ontvankelijkheid later wordt teruggekomen.
- 3.4.4 De Geschillencommissie heeft in het midden gelaten of het oude Reglement dan wel het nieuwe Reglement van toepassing is en belanghebbende niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek om klachtbehandeling.

4. Beoordeling van het beroep

- 4.1 In dit hoger beroep dient thans te worden beoordeeld of de Geschillencommissie belanghebbende terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard.
- 4.2 Naar het oordeel van de Beroepscommissie dient eerst te worden vastgesteld welk Reglement (het oude of het nieuwe) deze kwestie beheerst.
- 4.3 Het oude Reglement gold tot 1 oktober 2011. Geschillen die voor die datum aan de Geschillencommissie zijn voorgelegd, worden beheerst door het oude Reglement, inclusief de daarin opgenomen ontvankelijkheidsregeling. In het onderhavige geval staat vast dat de klacht van belanghebbende op 31 mei 2011 aan de Geschillencommissie is voorgelegd, zodat de ontvankelijkheid van de klacht dient te worden vastgesteld aan de hand van het oude Reglement. Dat is slechts anders als uit het nieuwe Reglement volgt dat de ontvankelijkheid niet door het oude maar het nieuwe Reglement wordt beheerst.
- 4.4 Het nieuwe Reglement is op 1 oktober 2011 in werking getreden. Klachten die vanaf die datum bij Kifid (de Ombudsman of de Geschillencommissie) zijn voorgelegd, worden derhalve door het nieuwe Reglement bestreken. Het nieuwe Reglement kent voorts een Overgangsbepaling die als volgt luidt:

“Dit reglement heeft onmiddellijke werking. Op zaken die bij de Ombudsman of de Geschillencommissie aanhangig zijn gemaakt voor de datum van inwerkingtreding van dit reglement, blijft het oude reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening, respectievelijk Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van toepassing indien en voor zover de onmiddellijke werking een partij onevenredig zou benadelen.”

Naar het oordeel van de Beroepscommissie zou ofwel de bank ofwel belanghebbende onevenredig worden benadeeld indien ter zake van de ontvankelijkheid het nieuwe Reglement met onmiddellijke werking zou worden toegepast. Indien de klacht onder het oude Reglement ontvankelijk is, zou belanghebbende onevenredig worden benadeeld als de bank alsnog op grond van het nieuwe Reglement de niet-ontvankelijkheid kan invoeren. Omgekeerd zou de bank onevenredig worden benadeeld indien belanghebbende op grond van het oude Reglement niet-ontvankelijk is, en vervolgens alsnog ontvankelijk zou worden verklaard op grond van het nieuwe Reglement.

4.5 De conclusie luidt dat de ontvankelijkheid uitsluitend aan de hand van het oude Reglement zal worden beoordeeld.

4.6 Artikel 10.1 van het oude Reglement bepaalt – voor zover thans belang – het volgende:

“De Geschillencommissie kan een verzoek tot Geschilbeslechting niet behandelen indien:

- a) meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop de Consument van de feiten waarop het geschil betrekking heeft, kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen en het tijdstip waarop de Klacht aan de Aangeslotene is voorgelegd tegen wie het verzoek tot geschilbeslechting zich richt; of (...)*
- e) de feiten waarop het geschil betrekking heeft te ver in het verleden liggen; (...)*”

In geschil is of belanghebbende niet-ontvankelijk dient te worden verklaard op grond van artikel 10.1 sub (e).

4.7 Met de Geschillencommissie is de Beroepscommissie van oordeel dat het bepaalde in artikel 10.1 sub (e) ertoe strekt te voorkomen dat de Geschillencommissie moet oordelen over klachten die zijn gebaseerd op feiten en omstandigheden die in een zodanig ver verleden liggen dat de juistheid van de dienaangaande over en weer ingenomen standpunten als gevolg van het tijdsverloop eenvoudigweg niet meer met voldoende zekerheid zijn vast te stellen. Zo zal het zich nogal eens voordoen dat de relevante documentatie na een lang tijdsverloop niet meer beschikbaar is en dat medewerkers van de aangeslotene die betrokken zijn geweest bij de feiten waarop het geschil betrekking heeft, niet meer als getuige beschikbaar zijn.

Wanneer dergelijke (bewijs)problemen zich niet of slechts in beperkte mate voordoen, is de sanctie van niet-ontvankelijkheid evenwel minder op zijn plaats. Per geval zal daarom dienen te worden onderzocht of sprake is van feiten die zich in een te ver verleden hebben voorgedaan. Daarbij dienen alle omstandigheden van het geval te worden betrokken. Op belanghebbende rust daarbij de plicht summierlijk toe te lichten hoe hij de door hem gestelde feiten nader zou kunnen bewijzen. Ook kan van belang zijn welke stappen belanghebbende heeft gezet nadat hij kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen van de feiten waarop het geschil betrekking heeft, alsmede op welke wijze de bank daarop heeft gereageerd. Zo zal de omstandigheid dat er lange tijd is verlopen tussen het tijdstip dat belanghebbende de klacht aan de bank heeft voorgelegd en het tijdstip waarop de bank deze definitief heeft afgewezen, niet steeds hoeven meebrengen dat de Geschillencommissie belanghebbende niet-ontvankelijk verklaart op grond van artikel 10.1 sub (e).

4.8 Naar het oordeel van de Beroepscommissie doet zich hier niet de situatie voor dat de feiten en omstandigheden waarop het geschil betrekking heeft in een zodanig ver verleden liggen dat de juistheid van de dienaangaande over en weer ingenomen standpunten als gevolg van dat tijdsverloop eenvoudigweg niet meer met voldoende zekerheid zijn vast te stellen. Dit wordt als volgt toegelicht.

- 4.9 Zoals hiervoor is weergegeven, heeft belanghebbende de effectenleaseovereenkomst gesloten via de tussenpersoon [naam]. Belanghebbende is – heel kort gezegd - van mening dat de verkoopmethodes van [naam] niet acceptabel zijn en beroept zich daartoe onder meer op een verklaring van de heer [naam], ex-adviseur van [naam]. Voorts heeft belanghebbende gewezen op het Persoonlijk Financieel Plan dat door een medewerker van [naam] voor hem was opgesteld en dat hij in deze procedure heeft overgelegd. Volgens belanghebbende was dit Plan op diverse punten onjuist en of misleidend en is hij bij de totstandkoming van de overeenkomst onvoldoende voorgelicht over de werking van het product en de daaraan verbonden risico's. Aldus heeft belanghebbende voldoende concrete aanknopingspunten verschaft om te kunnen oordelen over zijn stelling dat sprake is van dwaling, bedrog, misbruik van omstandigheden en/of misleiding. Waarmee overigens niet is gezegd dat de juistheid van zijn stellingen hiermee reeds is komen vast te staan.
- 4.10 De vordering van belanghebbende is voorts gebaseerd op schending van de zorgplicht. Uit het overgelegde dossier maakt de Beroepscommissie op dat het geschil tussen partijen ten aanzien van deze grondslag niet zozeer ziet op feiten en omstandigheden die zich in een verleden hebben voorgedaan, maar veeleer draait om de vraag welke wijze van schadeberekening passend is indien ervan wordt uitgegaan dat de bank zijn zorgplicht heeft verzaakt. Ook in zoverre beroept de bank zich ten onrechte op artikel 10.1 sub (e) van het oude Reglement.
- 4.11 Daar komt bij dat belanghebbende op 1 april 2005, binnen een jaar nadat hij de eindafrekening van de effectenleaseovereenkomst had ontvangen, zijn klacht aan de bank heeft voorgelegd en vergoeding van zijn schade heeft geclaimd. De bank had reeds vanaf dat moment er rekening mee te houden dat belanghebbende mogelijk een vordering op haar zou (pretenderen te) hebben. Vervolgens is geruime tijd verstreken voordat de bank – op 14 augustus 2009 - haar aansprakelijkheid in algemene termen van de hand heeft gewezen. Dat dit tijdsverloop aan belanghebbende is te wijten of voor zijn risico dient te komen, is gesteld noch gebleken. De bank heeft zich in 2010 en 2011 nog bereid getoond te onderhandelen over een eventuele schadevergoeding op grond van schending van de zorgplicht. Toen deze onderhandelingen geen resultaat hadden, heeft belanghebbende zich ongeveer twee maanden later tot de Ombudsman gewend en enkele weken daarna tot de Geschillencommissie.
- 4.12 De conclusie is dat belanghebbende ontvankelijk is. De zaak zal verder inhoudelijk worden behandeld ten overstaan van de Beroepscommissie. Desgewenst kan – in overleg met de secretaris – een tweede mondelinge behandeling worden gehouden.

5. Beslissing

De Beroepscommissie

- stelt vast dat belanghebbende ontvankelijk is;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Einduitspraak

I. Het verdere verloop van de procedure in hoger beroep

- 1.1 De Commissie van Beroep heeft bij uitspraak van 20 februari 2014 belanghebbende ontvankelijk verklaard en geoordeeld dat de zaak verder inhoudelijk zal worden behandeld.
- 1.2 Hierop heeft belanghebbende een “akte naar aanleiding van tussenvonnis” ingediend, waarop de bank heeft gereageerd met een nadere memorie.

2. Inleiding op de beoordeling van het beroep

- 2.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.
 - (i) Belanghebbende heeft na bemiddeling door [naam] B.V. op of omstreeks 28 oktober 1999 met de rechtsvoorgangster van de bank een effectenleaseovereenkomst (“[naam]”) gesloten. De overeengekomen leasesom bedroeg in totaal € 70.789,68, bestaande uit een hoofdsom van € 27.659,08 en de in totaal te betalen rente van € 43.130,60. De leaseovereenkomst is aangegaan voor een periode van 240 maanden, tussentijds opzegbaar na 31 oktober 2004. In de leaseovereenkomst was bepaald dat belanghebbende de som van 60 maandtermijnen, minus 20% korting, bij vooruitbetaling zou voldoen, te weten een bedrag van € 14.157,94. Voor de maanden 61 tot en met 240 bedroeg de maandtermijn € 294,96.
 - (ii) De bank heeft belanghebbende een “AEX Plus Certificaat” met afgifte datum 18 november 1999 verstrekt “ter bevestiging van de hoofdsom, beginkoers en begindatum”.
 - (iii) Belanghebbende heeft de vooruit te betalen rente van € 14.157,94 voldaan. Dit bedrag heeft hij – overeenkomstig het advies van [naam] – gefinancierd door een hypothecaire lening, die mogelijk was omdat zijn woning een overwaarde had.
 - (iv) Belanghebbende heeft de overeenkomst in september 2004 tussentijds beëindigd.
 - (v) De bank heeft belanghebbende een eindafrekening per 23 september 2004 gezonden. Daaruit blijkt dat de opbrengst van de verkoop van de aandelen € 17.111,35 bedroeg en dat hierop een bedrag van € 26.595,57 in mindering werd gebracht (bestaande uit resterende termijnen, vervallen korting en restant hoofdsom), zodat belanghebbende een restschuld van € 9.484,22 diende te betalen.
 - (vi) Belanghebbende heeft de restschuld onder protest voldaan. Bij brief van 1 april 2005 heeft hij de bank aansprakelijk gesteld wegens onder meer schending van de zorgplicht. Hij heeft de bank gesommeerd de door hem geleden schade te vergoeden.

(vii) Bij brief van 13 juli 2007 heeft belanghebbende te kennen gegeven zich aan de verbindendverklaring van de Duisenberg-regeling te willen onttrekken.

- 2.2 Belanghebbende vordert vergoeding van de door hem geleden schade, welke hij begroot op een bedrag van € 35.743,99, te vermeerderen met de wettelijke rente. De schade bestaat uit de inleg (€ 14.157,94), de restschuld (€ 9.484,22) en door hem betaalde hypotheekrente (€ 12.101,83). Voorts vordert hij dat de bank wordt opgedragen alle noteringen bij BKR te laten verwijderen.
- 2.3 Belanghebbende heeft aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd – kort gezegd - dat hij door tussenkomst van [naam] de overeenkomst is aangegaan zonder goed te zijn geïnformeerd over de risico's van effectenlease. Hij is van mening dat de (misleidende) gedragingen van [naam] voor rekening van de bank komen. Als hij goed was voorgelicht, had hij de overeenkomst nooit gesloten. Belanghebbende beroept zich op bedrog, dwaling, misbruik van omstandigheden en misleiding. Voorts meent hij dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden zodat zij om die reden schadeplichtig is.
- 2.4 De bank heeft de vordering bestreden. Zij voert aan niet verantwoordelijk te zijn voor de wijze waarop [naam] belanghebbende heeft geadviseerd. [Naam] was een zelfstandige organisatie die ook producten van concurrenten van de bank verkocht. Volgens de bank blijkt uit de overeenkomst duidelijk genoeg dat aan de overeenkomst risico's waren verbonden. De bank voert aan dat zij op grond van vaste jurisprudentie slechts aansprakelijk kan zijn voor tweederde gedeelte van de restschuld en dat zij de aldus verschuldigde schadevergoeding herhaaldelijk heeft aangeboden.

3. Beoordeling

Verjaring

- 3.1 De bank heeft zich in haar nadere memorie beroepen op verjaring. Zij voert aan dat belanghebbende bij brief van 1 april 2005 heeft geklaagd over de gang van zaken ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Volgens de bank blijkt uit de eigen stellingen van belanghebbende in zijn beroepschrift (nr. 21) dat zijn daarop volgende brieven van 15 oktober 2007 en 24 juli 2009 niet als klacht kunnen worden opgevat en ook niet als een stuitingshandeling.
- 3.2 De Commissie van Beroep verwierpt dit standpunt. In nr. 21 van het beroepschrift gaat belanghebbende in op de vraag of de brief van 24 juli 2009 is te beschouwen als een van een individuele consument afkomstige klacht in de zin van artikel 13.3 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2011. Belanghebbende stelt in de desbetreffende alinea niet dat de brief van 24 juli 2009 niet zou kunnen worden opgevat als een stuitingshandeling die mede namens hem is verricht. In de brief is bovendien met zoveel woorden vermeld dat daarmee een eventuele verjaring van de rechtsvorderingen “uit welke hoofde en rechtsgrond dan ook” (waaronder dus een vordering op grond van de zorgplicht en een vordering op grond van onrechtmatige daad) wordt gestuit. Naar het oordeel van de Commissie van Beroep heeft de bank uit de brief redelijkerwijs

kunnen begrijpen dat belanghebbende zich al de rechten wenste voor te behouden die hij had met betrekking tot de effectenleaseovereenkomst. Hetgeen de bank naar voren heeft gebracht, is onvoldoende om aan te nemen dat de bank aanleiding had te veronderstellen dat daartoe niet behoorde een recht op schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad of op een andere grondslag.

- 3.3 Voorts voert de bank aan dat in ieder geval de vordering tot vernietiging op grond van een wilsgebrek is verjaard omdat de brief van 1 april 2005 geen vernietigingsverklaring bevat en de (driejarige) verjaringstermijn ten tijde van de brief van 15 oktober 2007 reeds was verstreken. Immers, belanghebbende klaagt dat hij zich bij het aangaan van de overeenkomst niet heeft gerealiseerd dat hij verlies zou kunnen leiden en het moet hem dus op het moment dat het verlies zich manifesteerde (eindafrekening van 23 september 2004) duidelijk zijn geworden dat hij op het verkeerde been was gezet. De Commissie van Beroep laat in het midden of het verjaringsverweer in zoverre slaagt, omdat de bank hierbij geen belang heeft; hieronder zal worden uiteengezet dat de vorderingen op grond van een wilsgebrek ongegrond zijn.

Toerekenen van gedragingen van [naam]

- 3.4 Belanghebbende heeft, als is vermeld, een effectenleaseovereenkomst door bemiddeling van [naam] gesloten. Door de adviseur van [naam] is een Persoonlijk Financieel Plan opgesteld, waarin zowel de financiële situatie van belanghebbende werd uiteen gezet, als zijn wensen ten aanzien van de toekomst. Een en ander resulteerde in een advies van [naam] aan belanghebbende. Volgens belanghebbende trachtte [naam] in feite zo veel mogelijk klanten voor effectenleaseovereenkomsten binnen te halen. Daarbij werd verzuimd om duidelijke voorlichting te geven en te waarschuwen voor de risico's van effectenlease. Aldus heeft belanghebbende een veel te rooskleurig beeld gekregen van de door hem gesloten effectenleaseovereenkomst. Belanghebbende meent dat de bank aansprakelijk is voor de gedragingen van [naam].
- 3.5 Aldus is de vraag aan de orde of tekortschieten van [naam] als tussenpersoon bij de voorbereiding van de overeenkomst in deze zin moet worden toegerekend aan de bank, dat deze aansprakelijk is voor de schade die belanghebbende heeft geleden als gevolg van een tekortkoming of onrechtmatig handelen van [naam].
- 3.6 Bij de beoordeling hiervan stelt de Commissie van Beroep het volgende voorop. Uitgangspunt moet zijn dat wanneer een consument zich wendt tot een tussenpersoon die zich presenteert als een "onafhankelijk" tussenpersoon, om hem te adviseren over het aangaan van een effectentransactie en/of daarbij te bemiddelen, hij ervan moet kunnen uitgaan dat de desbetreffende tussenpersoon geheel vrijstaat van de effecteninstelling met wie de transactie uiteindelijk wordt gesloten. Wanneer een effecteninstelling zich bij de voorbereiding van een effectentransactie met deze consument bedient van een tussenpersoon, dient zij de gevolgen van gedragingen van deze tussenpersoon, waaronder een

tekortkoming in de advisering ter zake van de te sluiten effectenleaseovereenkomst, op gelijke wijze voor haar rekening te nemen als gedragingen en tekortschieten van haar eigen personeel, ook als de tussenpersoon zich jegens de consument als “onafhankelijk” heeft gepresenteerd. Niet van belang hierbij is of de tussenpersoon al dan niet optreedt als gevolmachtigde van de effecteninstelling.

- 3.7 De enkele omstandigheid dat een effectenleaseovereenkomst tot stand komt met behulp van de bemiddeling van een tussenpersoon, is echter onvoldoende om te concluderen dat de effecteninstelling zich heeft “bediend” van een tussenpersoon in de hiervoor onder 3.6 bedoelde zin. Het is aan de consument om te stellen en zo nodig te aannemelijk te maken dat de effecteninstelling zich bij de totstandkoming van de effectentransactie heeft bediend van de tussenpersoon zoals hiervoor is bedoeld. Dit volgt uit het aan art. 150 Rv. ten grondslag liggende beginsel. Het enkele feit dat de tussenpersoon regelmatig bemiddelt bij de totstandkoming van effectentransacties wettigt die gevolgtrekking niet. De consument zal feiten en omstandigheden aannemelijk moeten maken waaruit kan blijken van het bestaan van een zodanige verbinding tussen de effecteninstelling en de tussenpersoon dat de effecteninstelling het risico draagt van de gevolgen van gedragingen, nalaten hieronder begrepen, van de tussenpersoon. In dit verband valt bijvoorbeeld te denken aan feiten en omstandigheden waaruit moet worden afgeleid dat de effecteninstelling zodanige invloed uitoefent of kan uitoefenen op het beleid en het handelen van de tussenpersoon dat gezegd kan worden dat sprake is van “zich van een tussenpersoon bedienen” in de hiervoor bedoelde zin.
- 3.8 In het onderhavige geval kan niet worden gezegd dat belanghebbende tegenover de gemotiveerde betwisting door de bank voldoende concrete feiten en/of omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat de bank zich bij de totstandkoming van de effectenleaseovereenkomst heeft bediend van [naam] als tussenpersoon. Belanghebbende heeft immers in dit verband niet veel meer aangevoerd dan dat de bank voor de verkoop van haar producten gebruik maakte van tussenpersonen zoals [naam].
- 3.9 Tot slot heeft belanghebbende nog het een en ander aangevoerd over de rol en wijze van werken van [naam], met name over de agressieve verkooptechnieken die de adviseurs van [naam] hanteerden, maar die omstandigheden zijn te algemeen en onvoldoende toegespitst op het aandeel van de bank daarin en de persoonlijke situatie van belanghebbende om te kunnen oordelen dat de bank in verband daarmee jegens belanghebbende aansprakelijk is. Hetgeen belanghebbende stelt, rechtvaardigt niet de conclusie dat de bank op een dusdanige wijze feitelijk bij het aangaan van de leaseovereenkomst betrokken was, dat dit – los van de hieronder te bespreken schending van de zorgplicht door de bank – jegens hem als een onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd.
- 3.10 De conclusie is dat de bank niet aansprakelijk is voor eventuele tekortkomingen van [naam] in de totstandkomingsfase van de overeenkomst.

Dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden

- 3.11 Ter zake van het beroep op dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden geldt het volgende. Belanghebbende was voor het retourneren van het ondertekende contract in de gelegenheid het door de bank ter beschikking gestelde contractformulier, met daarin de voorwaarden van de overeenkomst, (nader) te bestuderen. Ook moet het belanghebbende bij nauwkeurige kennisneming van dit contractformulier – in samenhang met de overige aan hem verstrekte informatie - duidelijk zijn geworden dat de overeenkomst niet zonder risico zou zijn. Het moet belanghebbende duidelijk zijn geweest dat hij met geleend geld in aandelen zou gaan beleggen, waarbij bekend mag worden verondersteld dat beleggen risico's met zich meebrengt. Voorts moet het voor hem duidelijk zijn geweest dat hij het geleende bedrag diende terug te betalen ongeacht de waarde van de effecten op het tijdstip van verkoop daarvan. De bank heeft dus voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst voldoende duidelijke inlichtingen verstrekt om een onjuiste voorstelling van zaken over de eigenschappen van de overeenkomst en de daaraan verbonden risico's te voorkomen. Daarbij geldt dat op belanghebbende een onderzoeksplicht rust die inhoudt dat hij zich redelijke inspanningen getroost om kennis te nemen van de inhoud van het contract en de overige door de bank beschikbaar gestelde stukken. Belanghebbende heeft het derhalve aan zichzelf te wijten indien hij de overeenkomst heeft gesloten zonder zich te verdiepen in, en zo nodig zich te informeren over, de precieze aard en mogelijke risico's. Belanghebbende kan daarom niet worden gevolgd in zijn stelling dat de overeenkomst is aangegaan onder invloed van dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden. Op dezelfde gronden is de overeenkomst evenmin aantastbaar wegens misleiding.

Zorgplicht en omvang van de schadevergoedingsplicht

- 3.12 De bank heeft niet weersproken dat zij is tekortgeschoten in de nakoming van haar in de precontractuele fase in acht te nemen bijzondere zorgplicht. Zij dient derhalve de met dit tekortschieten verband houdende schade te vergoeden. Volgens de bank is de te vergoeden schade beperkt tot tweederde van de restschuld. Belanghebbende vordert evenwel dat de bank al hetgeen hij heeft betaald, zal terugbetalen.
- 3.13 Wat betreft het antwoord op de vraag welke schade – alleen de restschuld, dan wel tevens rente, eventuele aflossingen en kosten – als gevolg van het tekortschieten van de bank aan haar kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW en in beginsel door de bank moet worden vergoed, is in het bijzonder van belang hetgeen de Hoge Raad in zijn drie arresten van 5 juni 2009 betreffende effectenleaseproducten heeft overwogen. In het bijzonder in het arrest ECLI:NL:2009:BH2815, NJ 2012, 182 is de Hoge Raad met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen omtrent effectenleaseovereenkomsten in algemene beschouwingen onder meer ingegaan op het verband tussen het niet naleven van de zorgplicht en de verplichting tot vergoeden van schade. Daarmee heeft de Hoge Raad niet een instructie gegeven voor de verdere behandeling van dit soort geschillen, maar slechts een handreiking gegeven voor de beslechting ervan. De Commissie van Beroep is van oordeel dat hetgeen de Hoge Raad in zijn genoemde uitspraken heeft aanvaard, geldt als ongeschreven recht waarvan bij de beoordeling van het beroep moet worden uitgegaan.

De Hoge Raad heeft in de bedoelde uitspraken wel de kanttekening geplaatst dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenleaseproducten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval. Wat het onderhavige geschil betreft valt echter niet in te zien dat het in relevante wijze afwijkt van de doorsnee gevallen waartoe de door de Hoge Raad berechte geschillen behoorden.

- 3.14 Ter zake van de op grond van art. 6:101 BW vereiste afweging heeft de Hoge Raad in het eerdergenoemde arrest onderscheid gemaakt tussen de verschillende schadeposten, te weten: de reeds betaalde rente en aflossing enerzijds en de restschuld anderzijds.
- 3.15 Ten aanzien van schade bestaande uit de betaalde rente en aflossing moet in aanmerking worden genomen welke de bestedingsruimte was die belanghebbende destijds had. Wanneer destijds – bij onderzoek door de bank – zou zijn gebleken dat de inkomens- en vermogenspositie van belanghebbende naar redelijke verwachting toereikend was om aan de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen, zullen deze schadeposten in beginsel geheel voor rekening van belanghebbende moeten worden gelaten, aangezien deze schade dan geheel kan worden toegeschreven aan de omstandigheid dat, naar belanghebbende wist of moest weten, met geleend geld is belegd.
- 3.16 Belanghebbende heeft niet gesteld dat bij onderzoek destijds zou zijn gebleken dat zijn inkomens- en vermogenspositie ontoereikend was. Dit brengt mee dat de schade bestaande uit de inleg volledig voor rekening van belanghebbende dient te blijven. Belanghebbende heeft geen feiten aangevoerd die tot een andere verdeling aanleiding zouden moeten geven. Zijn verwijzing naar HR 6 september 2013, NJ 2014, 176, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, kan belanghebbende niet baten, omdat die zaak wezenlijk afwijkt van de standaard effectenleaserelatie, nu deze zag op de aansprakelijkheid van een financieel dienstverlener die was benaderd voor een op een specifieke situatie toegesneden advies.
- 3.17 Ter zake van de restschuld geldt dat het oorzakelijk verband tussen het onrechtmatig handelen van de bank en de door belanghebbende geleden schade vaststaat. Er zal op de voet van art. 6:101 BW moeten worden beoordeeld in hoeverre deze schade mede een gevolg is van aan belanghebbende zelf toe te rekenen omstandigheden. Hierbij geldt dat voor belanghebbende voldoende duidelijk kenbaar behoorde te zijn dat werd belegd met geleend geld en dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten ten tijde van de verkoop. Ook valt in aanmerking te nemen dat van belanghebbende mocht worden verwacht dat hij, alvorens de overeenkomst aan te gaan, zich redelijke inspanningen zou getroosten om de tekst van de overeenkomst te begrijpen. Dit moet leiden tot de gevolgtrekking dat deze door belanghebbende geleden (restschuld) schade mede is veroorzaakt door aan hem toe te rekenen omstandigheden.

- 3.18 Op grond van het hetgeen hiervoor is overwogen dient 40% van de geleden restschuld-schade voor rekening van belanghebbende te komen. Dit stemt overeen met de verdeling die volgens de Hoge Raad in geschillen omtrent effectenleaseovereenkomsten tot uitgangspunt kan worden genomen. Belanghebbende noch de bank heeft feiten aangevoerd die tot een andere verdeling aanleiding zouden moeten geven.
- 3.19 Wat betreft de vordering tot vergoeding van de betaalde hypotheekrente is gesteld noch gebleken dat de bank heeft geadviseerd een hypothecaire geldlening te sluiten om de inleg van de effectenleaseovereenkomst te bekostigen. De hypothecaire lening is belanghebbende – via bemiddeling door [naam] - aangegaan met de [naam]bank. Belanghebbende heeft niet verduidelijkt welke rol de bank hierbij zou hebben gespeeld en waarom de bank de door belanghebbende betaalde hypotheekrente zou moeten vergoeden.

4. Slotsom

- 4.1 De slotsom is dat de bank van de door belanghebbende onder protest betaalde restschuld 60% voor haar rekening dient te nemen. Voor het overige worden de vorderingen van belanghebbende afgewezen. Uit het vorenstaande volgt dat dit ook geldt ook voor de vordering tot verwijdering van alle noteringen bij BKR.
- 4.2 Nu belanghebbende in overwegende mate in het ongelijk zal worden gesteld is voor een veroordeling van de bank in een bijdrage in de kosten van het geding geen plaats.

5. Beslissing

De Commissie van Beroep stelt bij bindend advies de volgende beslissing in de plaats van de beslissing van de Geschillencommissie 28 maart 2013 (nr. [nummer]):

- de bank dient 60% van de restschuld aan belanghebbende te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag waarop belanghebbende de restschuld heeft betaald tot de dag van terugbetaling door de bank.