

## **Uitspraak Commissie van Beroep 2014-042 d.d. 29 juli 2014**

(mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. S.B. van Baalen, mr. A. Bus, mr. F.H.J. Mijnsen, en mr. F.P. Peijster, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

### **Samenvatting**

- Effectenlease en arresten HR 5 juni 2009; in verband hiermee Causaliteit en eigen schuld, 40% norm.
- Dwaling en verjaring van de bevoegdheid tot vernietiging.
- Ontvankelijkheid hoger beroep.
- Kansovereenkomst.
- Proceskosten, tarief kantonzaken i.v.m. omvang vordering.

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

### **I. De procedure in hoger beroep**

- I.1 Belanghebbende heeft bij een beroepschrift met bijlagen dat KiFiD op 31 december 2013 heeft bereikt, op de voet van art. 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbanding met art. 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (Reglement van beroep) de in dit geding door de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (de Geschillencommissie) gegeven uitspraak van 15 november 2013, [nummer], (verder: de uitspraak) ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (de Beroepscommissie).
- I.2 De instelling heeft bij een verweerschrift met bijlagen dat KiFiD heeft bereikt op 10 maart 2014, het beroep bestreden. Zij heeft daarbij incidenteel beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Geschillencommissie. Het verweer strekt ertoe dat de Beroepscommissie het principaal beroep zal verwerpen.
- I.3 In het incidenteel beroep heeft de instelling verzocht de vordering van belanghebbende af te wijzen, althans een door de instelling aan belanghebbende te betalen schadevergoeding te beperken op grond van eigen schuld van belanghebbende en de schadeverdeling toe te passen zoals door de Hoge Raad in zijn door de instelling vermelde arresten heeft gehanteerd.
- I.4 Belanghebbende heeft bij een op 24 maart 2014 gedateerde brief met een bijlage het incidenteel beroep bestreden.
- I.5 De Beroepscommissie heeft de zaak mondeling behandeld op 2 april 2014. Belanghebbende werd daarbij vertegenwoordigd door J. Terpstra. Belanghebbende is niet verschenen. Beide partijen waren aanwezig en hebben de zaak toegelicht aan de hand van door hen overgelegde pleitnota's.

- 1.6 Bij de mondelinge behandeling heeft de gemachtigde van belanghebbende verklaard dat belanghebbende en haar echtgenoot de aan het effectenleaseproduct “[naam]” (hierna ook [naam]-product) verbonden lasten gedurende de looptijd van de overeenkomst gewoon konden voldoen.

## **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 van 15 november 2013.

## **3. Inleiding op de beoordeling van het principaal en het incidenteel hoger 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) Tussen belanghebbende en de instelling is een overeenkomst tot stand gekomen met betrekking tot het door de instelling aangeboden [naam]-product. De instelling heeft hiertoe een op 14 januari 2000 gedateerde door belanghebbende te ondertekenen overeenkomst aan belanghebbende gezonden. Belanghebbende heeft deze overeenkomst ondertekend en aan de instelling teruggezonden. Deze overeenkomst is door de instelling geadmistreerd onder contractnummer [nummer]. Het product heeft onder meer de volgende in de overeenkomst vermelde kenmerken.

- Belanghebbende neemt van de instelling in lease pakketten aandelen in een vijftal AEX genoteerde fondsen met een totale aanschafwaarde (hoofdsom) van € 10.430,88 (f. 22.986,63).
- Het product wordt aangegaan voor een vaste periode van 120 maanden, te rekenen vanaf de aankoopdag van de aandelen.
- De instelling brengt rente in rekening op basis van 10,00% per jaar (10.47% effectief per jaar), maandelijks achteraf te betalen wat neerkomt op het bedrag van in totaal € 10.430,64.
- De instelling brengt voorts toekomstige administratiekosten ten bedrage van € 4,54 per maand (in totaal € 544,80) in rekening.
- De totaal overeengekomen lease som bedraagt € 21.406,08.
- Behalve de maandelijks administratiekosten wordt over de hoofdsom gedurende 120 maanden uitsluitend rente betaald, per maand € 91,46.
- De hoofdsom wordt in twee termijnen terugbetaald: een bedrag van f. 100,- uiterlijk op de 15<sup>e</sup> dag van de 119<sup>e</sup> maand van de leaseperiode, het restant van f. 22.886,63 dient bij afloop van de overeenkomst te worden betaald en kan worden verrekend met de verkoopopbrengst van de aandelen.
- Belanghebbende verklaart door ondertekening van de overeenkomst dat zij bekend is met de Bijzondere Voorwaarden en dat zij zich bewust is van de aan de overeenkomst verbonden risico's. In de Bijzondere Voorwaarden is ten aanzien daarvan opgenomen dat het beleggingsrisico, waaronder begrepen het risico van een waardedaling van de

aangekochte aandelen evenals van het uitblijven van opbrengsten daarvan, voor rekening van belanghebbende is. Hierin is ook vermeld dat alle baten en waardeveranderingen van de aandelen aan belanghebbende toekomen. In geval van keuzedividend kan belanghebbende telkens het dividend laten uitkeren in contanten dan wel in aandelen.

- Aan het einde van de overeenkomst, nadat belanghebbende aan al haar verplichtingen heeft voldaan, zal de instelling de aandelen voor belanghebbende verkopen onder verrekening van het restant van de hoofdsom.

(ii) Belanghebbende kon de overeenkomst door schriftelijke opgave na 60 maanden dagelijks met onmiddellijke ingang en zonder dat boeterente verschuldigd was, beëindigen, onder betaling of verrekening van de hoofdsom. In geval van voortijdige beëindiging vindt verkoop van de aandelen plaats en wordt de verkoopopbrengst aan belanghebbende uitbetaald onder verrekening van al hetgeen belanghebbende aan de instelling is verschuldigd. In geval van negatieve uitkomst van deze verrekening dient belanghebbende het tekort aan de instelling te voldoen.

(iii) De instelling is een intermediairmaatschappij, de verkoop van haar producten geschiedt door middel van tussenpersonen.

(iv) De contractuele looptijd eindigde op 14 januari 2010. Belanghebbende heeft tot het einde toe maandelijks € 91,46 betaald.

(v) Belanghebbende en appellant onder 2 zijn gehuwd geweest. Hun huwelijk is in april 2008 door echtscheiding ontbonden.

(vi) Appellant onder 2 heeft met een brief van 29 december 2009 de nietigheid ingeroepen van de onder (i) bedoelde overeenkomst. De instelling heeft bij brief van 7 januari 2010 afwijzend op deze brief gereageerd.

(vii) De instelling heeft belanghebbende met een brief van 2 februari 2010 een eindafrekening gezonden. In deze afrekening heeft de instelling het volgende vermeld.

Waarde aandelen:	€ 3.542,91
Lening:	€ 10.430,88
Resultaat:	€ -6.887,97

Van dit bedrag, de restschuld, heeft de instelling in overeenstemming met de door haar gehanteerde Duisenberg-regeling een bedrag van € 4.614,94 kwijtgescholden. Daarmee is de restschuld afgenomen tot € 2.273,03. Belanghebbende heeft dit bedrag niet aan de instelling betaald.

(viii) Gedurende de looptijd van het product heeft belanghebbende € 1.694,39 aan dividend ontvangen.

(ix) De inkomens- en/of de vermogenspositie van belanghebbende was bij het aangaan van de overeenkomst met betrekking tot het [naam]-product naar redelijke verwachting toereikend om de rente en andere kosten te voldoen.

(x) De voormalige echtgenoot van belanghebbende, appellant onder 2, heeft zich bij overeenkomst van 8 november 2000 begeven in een effectenleaseproduct van de instelling, aangeduid met “[naam]” (verder: het [naam]-product). Ook hij maakt aanspraak op vergoeding door de instelling van door hem geleden schade.

3.2 De Geschillencommissie heeft, in beroep niet bestreden, vastgesteld dat belanghebbende betaling verlangt van een door haar op € 26.979,- begroot bedrag. De geschillencommissie heeft te dien aanzien geoordeeld dat dit bedrag het verlies betreft dat belanghebbende met betrekking tot de beide overeenkomsten, te weten die genoemd in 3.1 onder (i) en (x), stelt te hebben geleden.

3.3 Belanghebbende heeft voorts vergoeding gevorderd van juridische kosten, begroot op zes punten van het liquidatietarief, en de wettelijke rente met ingang van het indienen van de eerste klacht.

3.4 De Geschillencommissie heeft de vordering van belanghebbende voor een deel toegewezen.

#### **4. Ontvankelijkheid van appellant onder 2 in het principaal beroep**

4.1 De Geschillencommissie heeft geoordeeld dat de voormalige echtgenoot van belanghebbende niet als partij in het geding in eerste aanleg kan worden aangemerkt. Hieraan heeft de Geschillencommissie de conclusie verbonden dat haar de mogelijkheid ontbreekt ook een oordeel te geven over de overeenkomst met betrekking tot het [naam]-product.

4.2 Belanghebbenden hebben dit oordeel bestreden in hun bezwaar onder 5, waar zij het standpunt verdedigen dat de hiervoor onder 3.1 onder (x) bedoelde overeenkomst wel degelijk ook onderwerp is van het aan de Geschillencommissie voorgelegde geschil. Daartoe wordt in het beroepschrift, samengevat, het volgende aangevoerd.

- De gemachtigde treedt al sinds eind 2009 voor appellant onder 2 op. Zulks in eerste instantie betreffende de vermogensrechtelijke verbondenheid tussen de appellanten als gevolg van hun huwelijk.
- Appellant onder 2 verwijst hierbij naar zijn vernietigingsbrief van 29 december 2009 die hiervoor onder 3.1 sub (vi) is vermeld.
- Appellant onder 2 heeft deelgenomen aan collectieve onderhandelingen met de instelling.
- Bij onderhandelingen met de instelling heeft de gemachtigde van belanghebbende alleen het [naam]-product gemeld. De instelling wenste echter gezamenlijke behandeling van het [naam]-product met de op naam van appellant onder 2 staande overeenkomst. Deze laatste overeenkomst was mede door belanghebbende ondertekend.
- Appellant onder 2 liet zich aanvankelijk door een ander bijstaan in zijn geschil met de instelling maar is overgestapt naar de gemachtigde van belanghebbende.

- 4.3 Bij beoordeling van de vraag of belanghebbende een vorderingsrecht kan ontlenen aan de door haar voormalige echtgenoot gesloten overeenkomst zijn in de eerste plaats de volgende omstandigheden van belang.
- In de hiervoor onder 3.1 sub (x) bedoelde overeenkomst is als geslacht van de aanvrager uitsluitend vermeld: 'de heer' en niet ook 'mevrouw'.
  - Als naam van de aanvrager is alleen die van appellant onder 2 vermeld.
  - Het aanvraagformulier is mede ondertekend door belanghebbende.
- Aannemelijk is echter dat dit, zoals de instelling niet of onvoldoende weersproken heeft aangevoerd, is geschied om te doen blijken van haar toestemming zoals bedoeld in art. 1:88 lid 1 BW.
- Appellant onder 2 heeft in zijn geschil met de instelling de bijstand gezocht van de voor belanghebbende optredende gemachtigde. Aanvankelijk had hij zich doen bijstaan door een andere gemachtigde. Uit hetgeen belanghebbende te dien aanzien heeft aangevoerd komt naar voren dat appellant onder 2 van gemachtigde is gewisseld omdat de instelling aan wie hij de behandeling van zijn geschil aanvankelijk had opgedragen onvoldoende alert optrad. Deze gang van zaken kan bezwaarlijk tot een andere gevolgtrekking leiden dan dat appellant onder 2 alleen een eigen belang had bij zijn overeenkomst met de instelling.
- 4.4 Gelet op deze omstandigheden valt zonder nadere, maar ontbrekende, toelichting niet in te zien waarom belanghebbende op 3 april 2012 (datum van de inleidende klacht) of daarna rechten zou kunnen ontlenen aan deze overeenkomst. Er moet van worden uitgegaan dat alleen appellant onder 2 rechten aan deze overeenkomst kan ontlenen.
- 4.5 Voor de beoordeling van de vraag of in het geding in eerste aanleg ook de vordering van appellant onder 2 aan de orde is gesteld, is de enkele omstandigheid dat de gemachtigde van belanghebbende ook optrad voor appellant onder 2 niet van belang. De overige in dit verband door appellanten aangevoerde omstandigheden doen dit niet anders zijn.
- 4.6 Gelet op het ontbreken van een van appellant onder 2 afkomstige klacht, zoals is bedoeld in art. 1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, en de overige hiervoor genoemde omstandigheden heeft de Geschillencommissie met juistheid geoordeeld dat in het geding in eerste aanleg alleen een beslissing werd gevraagd met betrekking tot de schade die belanghebbende ten gevolge van beide overeenkomsten stelde te hebben geleden.
- 4.7 Nu de beslissing van de Geschillencommissie niet is gegeven ten aanzien van een klacht van appellant onder 2 staat aan hem geen beroep open tegen de uitspraak van de Geschillencommissie. Hij kan dan ook niet in zijn beroep worden ontvangen. De door de instelling in haar incidenteel beroep aangevoerde bezwaren betreffen niet oordelen van de Geschillencommissie die ten aanzien van hem zijn gegeven. De Beroepscommissie kan alleen het beroep van belanghebbende behandelen. Voor zover het beroepschrift bezwaren inhoudt die verband houden met de vordering die appellant onder 2 op de instelling stelt te hebben moeten deze buiten beschouwing blijven.

## **5. Ontvankelijkheid van het door belanghebbende ingestelde beroep**

- 5.1 Belanghebbende heeft in eerste aanleg vergoeding verlangd van € 26.979,-. Hiermee ging het belang van het geschil het in art. 5.1 van het Reglement van beroep genoemde bedrag van € 25.000,- te boven. Hieraan kan niet afdoen dat een deel van de vordering van belanghebbende de overeenkomst betrof van appellant onder 2 met betrekking tot het [naam]-product en dat dit deel van de vordering van belanghebbende niet gegrond is bevonden. Beslissend is dat het door belanghebbende aanhangig gemaakte geschil ook door haar als gevolg van deze overeenkomst gestelde schade betrof en dat het totaal van de vordering van belanghebbende het hier bedoelde bedrag overtrof.
- 5.2 Dit zou anders kunnen zijn in geval van misbruik door belanghebbende van de bevoegdheid beroep in te stellen. Dat hiervan sprake is, is niet gebleken.
- 5.3 Het betoog van de instelling dat belanghebbende niet in haar beroep kan worden ontvangen faalt.

## **6. Beoordeling van het principaal en het incidenteel beroep**

- 6.1 Er is aanleiding het principaal en het incidenteel beroep gezamenlijk te behandelen. Belanghebbende heeft in het principaal beroep twintig bezwaren aangevoerd. In het incidenteel beroep heeft de instelling twee bezwaren aangevoerd.
- 6.2 De bezwaren van belanghebbende onder 1 tot en met 4 blijven buiten behandeling omdat niet valt in te zien dat gegrondbevinding van één of meer van deze bezwaren zou kunnen leiden tot het oordeel dat de bestreden beslissing niet juist is. Hierbij moet worden aangekend dat de Geschillencommissie niet behoefde in te gaan op al hetgeen door partijen is aangevoerd.
- 6.3 *Buiten beschouwing laten van het [naam]-product; bezwaar 5 van belanghebbende.*
- In haar bezwaar onder 5 richt belanghebbende zich tegen het oordeel van de Geschillencommissie in haar rechtsoverweging 4.1.1 dat zij alleen de aan haar voorgelegde klacht van belanghebbende met betrekking tot de overeenkomst ter zake van het [naam]-product kan behandelen. Het bezwaar faalt op de gronden vermeld onder 4.
- 6.4 *Verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging; de bezwaren 6 tot en met 9 van belanghebbende.*
- 6.4.1 De bezwaren van belanghebbende onder 6 tot en met 9 betreffen de verwerping door de Geschillencommissie van het beroep van belanghebbende op vernietiging van de overeenkomst ter zake van het [naam]-product zoals voorzien in art. 1:89 BW in verband met art. 1:88 BW.

- 6.4.2 De aangevoerde bezwaren falen. De Geschillencommissie heeft in haar rechtsoverweging 4.1.2 geoordeeld dat appellant onder 2 steeds op de hoogte was van de overeenkomst ter zake van het [naam]-product en dat de rechtsvordering tot vernietiging was verjaard ingevolge art. 3:52 BW. Belanghebbende heeft in hetgeen zij ter ondersteuning van haar bezwaren tegen de verwerping door de Geschillencommissie van haar beroep op verjaring heeft aangevoerd geen concrete feiten of omstandigheden genoemd die de conclusie wettigen dat appellant onder 2de overeenkomst heeft vernietigd vóór het verstrijken van de in art. 3:52 BW bedoelde verjaringstermijn.
- 6.4.3 Voor zover in de bezwaren van belanghebbende het verwijt ligt besloten dat de Geschillencommissie ten onrechte niet heeft vastgesteld dat belanghebbende de overeenkomst met betrekking tot het [naam]-product is aangegaan onder invloed van dwaling en/of misleiding faalt dit verwijt. In hetgeen belanghebbende in beroep heeft aangevoerd zijn geen feiten of omstandigheden te ontwaren die de conclusie wettigen dat van dwaling dan wel misleiding sprake is geweest.
- 6.5 *Kansovereenkomst; bezwaar 10 van belanghebbende.*
- 6.5.1 Het door belanghebbende onder 10 aangevoerde bezwaar is gericht tegen rechtsoverweging 4.2.1 van de Geschillencommissie voor zover zij hierin de stelling van belanghebbende verwerpt dat sprake is van een kansovereenkomst.
- 6.5.2 Dit bezwaar moet al hierom falen omdat wanneer de overeenkomst wel zou moeten worden gekwalificeerd als kansovereenkomst, niet valt in te zien dat hieraan consequenties zouden zijn verbonden die tot het oordeel zouden moeten leiden dat de beslissing van de Geschillencommissie niet juist is.
- 6.6 *Aanvraagformulier; bezwaar 11 van belanghebbende.*
- 6.6.1 Het elfde bezwaar van belanghebbende is gericht tegen de rechtsoverwegingen 2.1 en 2.2 van de Geschillencommissie voor zover de Geschillencommissie hierin overweegt dat belanghebbende op 21 december 1999 een aanvraagformulier heeft ingediend voor het [naam]-product.
- 6.6.2 Dit bezwaar moet al hierom falen omdat belanghebbende niet vermeldt waarom de omstandigheid dat belanghebbende geen aanvraagformulier zou hebben ingevuld moet leiden tot het oordeel dat de uitspraak de Geschillencommissie niet juist is.
- 6.7 *Het aanvraagformulier van appellant onder 2; bezwaar 12 van belanghebbende.*
- Bezwaar 12 van belanghebbende betreft de overeenkomst betreffende het [naam]-product waarbij zij geen partij is. Nu, zoals hiervoor is overwogen, aanspraken die voortvloeien uit deze overeenkomst in dit beroep niet kunnen worden behandeld, moet dit bezwaar buiten behandeling worden gelaten.

- 6.8 *Schadeberekening en –verdeling; bezwaren 13 tot en met 15 van belanghebbende, bezwaar 1 van de instelling.*
- 6.8.1 De bezwaren 13 tot en met 15 van belanghebbende en bezwaar 1 van de instelling lenen zich voor gezamenlijke behandeling.
- 6.8.2 Onder 13 tot en met 15 van haar principaal beroep bestrijdt belanghebbende de rechts-overwegingen 4.3.2 en 4.3.6 van de Geschillencommissie. De Geschillencommissie oordeelt daar dat het ontstaan van schade voor belanghebbende ook aan belanghebbende zelf is te wijten en wel voor 40%. Belanghebbende bestrijdt in haar genoemde bezwaren dat de schade mede aan haar zelf is te wijten en wel voor 40%.
- 6.8.3 Bij de beoordeling van de hier aan de orde zijnde bezwaren van belanghebbende wordt opgemerkt dat voor zover zij in bezwaar 13 ook de overeenkomst met betrekking tot het [naam]-product aan de orde stelt, het bezwaar buiten behandeling blijft.
- 6.8.4 De instelling richt in het incidenteel beroep bezwaren tegen het oordeel van de Geschillencommissie in haar rechtsoverweging 4.3.5 dat alle uit de overeenkomst voortvloeiende betalingsverplichtingen van belanghebbende – ook betalingsverplichtingen die betrekking hebben op de verschuldigde rente, aflossing of andere kosten – behoren tot de schade die in zodanig verband staat tot de tekortkoming van de instelling bij het aangaan van de overeenkomst dat zij redelijkerwijs als gevolg van deze tekortkoming aan de instelling kan worden toegerekend zoals bedoeld in art. 6:98 BW.
- 6.8.5 De instelling voert ter ondersteuning van haar eerste bezwaar aan, kort weergegeven, dat de Geschillencommissie ten onrechte is voorbijgegaan aan de door de Hoge Raad in zijn (drie) arresten van 5 juni 2009 met betrekking tot effectenlease-overeenkomsten geformuleerde uitgangspunten. De Geschillencommissie heeft, zo betoogt de instelling, nagelaten te onderzoeken of de inkomens- en vermogenspositie van belanghebbende ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van dien aard was dat de financiële lasten die het product mee bracht als aanvaardbaar dan wel onaanvaardbaar dienden te worden beschouwd. Had de Geschillencommissie hiernaar wel een onderzoek gedaan, dan zou zij tot de conclusie hebben moeten komen dat geen grond bestond voor het oordeel dat de instelling ook schade bestaande uit de inleg dient te vergoeden.
- 6.8.6 De Geschillencommissie heeft in haar rechtsoverweging 4.3.1 geoordeeld dat de instelling door de overeenkomst met betrekking tot het [naam]-product te sluiten zonder zich in de precontractuele fase naar behoren te kwijten van de op haar rustende, in de uitspraak nader omschreven, “voorlichtings- vergewissings- en onderzoekverplichtingen”, jegens belanghebbende is tekortgeschoten in de nakoming van de bijzondere zorgvuldigheid die zij als aanbieder van deze overeenkomsten in acht diende te nemen. Hiermee heeft de instelling naar het oordeel van de Geschillencommissie onrechtmatig jegens belanghebbende gehandeld. Dit oordeel is in beroep niet bestreden zodat hiervan moet worden uitgegaan.



- 6.8.7 Nu zoals volgt uit hetgeen hiervoor onder 6.8.6 is overwogen, vaststaat dat de instelling is tekortgeschoten in de nakoming van haar in de precontractuele fase in acht te nemen bijzondere zorgplicht, dient de instelling de met dit tekortschieten verband houdende schade te vergoeden.
- 6.8.8 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 instelling aan haar kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW en in beginsel door de instelling moet worden vergoed, is in het bijzonder van belang hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn drie arresten van 5 juni 2009 betreffende effectenleaseproducten. In het bijzonder in het arrest ECLI:NL:HR: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 effectenlease-overeenkomsten, zowel ter zake van aflossingsproducten als ter zake van restschuldproducten, 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 verschaft voor de beslechting ervan. De Beroepscommissie is van oordeel dat hetgeen de Hoge Raad in zijn genoemde uitspraken heeft aanvaard geldt als ongeschreven recht waarvan bij 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.
- 6.8.9 De instelling verwijt de Geschillencommissie, dit met verwijzing naar de hiervoor genoemde uitspraken van de Hoge Raad, dat zij niet voldoende onderzoek heeft gedaan naar de inkomens- en vermogenspositie van belanghebbende. Had de Geschillencommissie dit wel gedaan dan zou, zo betoogt de instelling, zijn gebleken dat de financiële omstandigheden van belanghebbende zodanig waren dat zij de overeenkomst “gewoon” zou hebben gesloten. Hieraan verbindt de instelling onder 8.14 van haar beroep de gevolgtrekking dat geen grond ervoor bestaat om schade bestaande uit de inleg te vergoeden. De Beroepscommissie begrijpt dit betoog van de instelling in deze zin dat indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van belanghebbende toereikend was om de rente en (eventueel) de aflossing te voldoen, oorzakelijk verband (in de zin van condicio-sine-qua-non-verband) tussen het tekortschieten en dit onderdeel van de schade zou ontbreken. Tevens stelt de instelling zich op het standpunt dat in dat geval de inleg op de voet van art. 6:101 BW voor rekening van belanghebbende dient te blijven.
- 6.8.10 Zoals hiervoor onder 3.1 sub (ix) is vermeld was de inkomens- en/of de vermogenspositie van belanghebbende bij het aangaan van de overeenkomst met betrekking tot het [naam]-product naar redelijke verwachting toereikend om aan de betalingsverplichtingen uit die overeenkomst te voldoen. Van belang hierbij is dat belanghebbende destijds was gehuwd. De instelling mocht bij het aangaan van de overeenkomst rekening ermee houden dat de financiële ruimte van belanghebbende mede werd bepaald door de inkomens- en

vermogenspositie van haar toenmalige echtgenoot. Bij deze stand van zaken volgt uit de hiervoor bedoelde uitspraken van de Hoge Raad dat het verweer van de instelling dat belanghebbende de overeenkomst ook zou zijn aangegaan als de instelling niet in zijn zorgplicht was tekortgeschoten, in het licht van de stellingen van belanghebbende voldoende concreet moet zijn onderbouwd. De instelling heeft nagelaten haar verweer op dit punt tegenover de betwisting van belanghebbende nader te onderbouwen. Derhalve staat het oorzakelijk verband tussen het tekortschieten en dit onderdeel van de schade vast.

- 6.8.11 Nu aldus oorzakelijk verband tussen het onrechtmatig handelen van de instelling en de door belanghebbende geleden schade vaststaat, moet op de voet van art. 6:101 BW worden beoordeeld in hoeverre deze schade een gevolg is van aan belanghebbende zelf toe te rekenen omstandigheden. Hierbij geldt dat uit de schriftelijke overeenkomst waarvan de inhoud hiervoor onder 3.1 sub (i) is weergegeven, voldoende duidelijk kenbaar was dat werd belegd met geleend geld en dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten ten tijde van verkoop ervan. Hierbij valt ook in aanmerking te nemen dat van belanghebbende mocht worden verwacht dat zij, 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 de door belanghebbende geleden schade mede is veroorzaakt door aan haar toe te rekenen omstandigheden.
- 6.8.12 Uit de reeds genoemde uitspraken van de Hoge Raad volgt dat de betaalde rente en eventuele andere kosten in beginsel geheel voor rekening van belanghebbende moeten blijven omdat deze onderdelen van de schade geheel kunnen worden toegeschreven aan de omstandigheid dat naar belanghebbende wist of behoorde te weten, met geleend geld zou worden belegd. Omstandigheden die dit in het onderhavige geval anders zouden doen zijn, zijn gesteld noch gebleken.
- 6.8.13 Met betrekking tot de overige schade (de restschuld) geldt het volgende. De Geschillencommissie heeft in haar rechtsoverweging 4.3.6 geoordeeld dat 40% van de geleden schade voor rekening komt van belanghebbende. Daarmee komt het oordeel van de Geschillencommissie overeen met de verdeling die volgens de Hoge Raad in geschillen omtrent effectenlease-overeenkomsten tot uitgangspunt kan worden genomen. Belanghebbende noch de instelling heeft feiten aangevoerd die tot een andere verdeling aanleiding zouden moeten geven.
- 6.8.14 Dit een en ander leidt tot de gevolgtrekking dat de door belanghebbende aangevoerde bezwaren falen en dat het bezwaar van de instelling gegrond is.
- 6.9 *De dividendverrekening; bezwaar 16 van belanghebbende.*
- 6.9.1 In haar bezwaar onder 16 bestrijdt belanghebbende rechtsoverweging 4.3.8 van de Geschillencommissie. De Geschillencommissie overweegt daar dat de instelling op de door deze te betalen schadevergoeding, zoals bedoeld in rechtsoverweging 4.3.7 eerste en tweede volzin, in mindering mag brengen de bedragen die ter uitvoering van de overeen-

komst met betrekking tot het [naam]-product bij wege van dividend of anderszins aan belanghebbende zijn uitgekeerd. Belanghebbende voert als bezwaar aan dat de correctie van 40% die de Geschillencommissie heeft toegepast bij haar toepassing van art. 6:101 BW ook moet worden toegepast bij de verrekening van uitgekeerd dividend.

- 6.9.2 De schade die belanghebbende heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van de instelling, is het in geld uit te drukken uiteindelijke nadeel. Dit nadeel is het resultaat van verrekening van de betalingen die belanghebbende heeft gedaan ter uitvoering van de overeenkomst en de bedragen die zij in dit kader heeft ontvangen. Het gaat, zoals de Hoge Raad het uitdrukt in rechtsoverweging 5.7 van zijn meergenoemde uitspraak, om het saldo van gedane en ontvangen betalingen. Van dit saldo blijft, naar volgt uit hetgeen hiervoor onder 6.8.11 is overwogen, 40% voor rekening van belanghebbende. Onjuist is daarom hetgeen de Geschillencommissie in de bestreden rechtsoverweging overweegt dat erop neerkomt dat het volle bedrag van door belanghebbende ontvangen dividend betalingen op de door de instelling te vergoeden schade in mindering moet worden gebracht.
- 6.9.3 Het hier aan de orde zijnde bezwaar van belanghebbende is gegrond.
- 6.10 *Ingangsdatum wettelijke rente; bezwaar 17 van belanghebbende.*
- 6.10.1 Belanghebbende heeft in eerste aanleg niet vermeld wat moet worden verstaan onder de datum van de eerste klacht, op welke datum de wettelijke rente zou zijn ingegaan. De Geschillencommissie heeft dit tijdstip opgevat als dat waarop de klacht aan de instelling is voorgelegd. Nu dit oordeel niet is bestreden, moet dit tijdstip uitgangspunt zijn bij de vaststelling van de omvang van door belanghebbende gevorderde wettelijke rente. De Geschillencommissie heeft het bedoelde tijdstip vastgesteld op 1 juli 2010. Tegen deze vaststelling richt zich het bezwaar van belanghebbende onder 17.
- 6.10.2 Ter bestrijding van de bedoelde vaststelling voert belanghebbende in de eerste plaats aan dat belanghebbende al in 2007 een klacht heeft ingediend. Hierbij verwijst zij naar een als bijlage 5 bij het beroepsschrift gevoegde brief die is gedateerd op 20 januari 2006. Deze brief is gericht tot appellant onder 2 en houdt niets in dat duidt op indiening van een klacht bij de instelling. Daarom kan aan dit geschrift niet de door belanghebbende gewenste betekenis worden toegekend.
- 6.10.3 De overige feiten die belanghebbende in dit verband stelt doen, indien van de juistheid ervan zou worden uitgegaan, niet vaststaan dat de klacht op een eerder tijdstip aan de instelling is voorgelegd. Het bezwaar faalt derhalve.
- 6.11 *Nogmaals de klachtdatum; bezwaar 18 van belanghebbende, bezwaar 2 van de instelling.*
- 6.11.1 Bezwaar 18 in het principaal appel en bezwaar 2 in het incidenteel appel zijn gericht tegen rechtsoverweging 4.3.7 van de Geschillencommissie waar zij het volgende overweegt: “Ter zake van een overeenkomst die nog niet was beëindigd toen Aangeslotene de als een ingebrekestelling te beschouwen klacht van Consument ontving, geldt de in de vorige volzin genoemde verplichting tot terugbetaling, respectievelijk beperking in de bevoegdheid nakoming te vorderen tot

*dat moment, en is Aangeslotene daarenboven gehouden als schadevergoeding aan Consument terug te betalen al hetgeen Consument haar vanaf dat moment uit hoofde van de overeenkomst heeft voldaan”.*

- 6.11.2 Het bezwaar van belanghebbende dat het hier door de Geschillencommissie bedoelde tijdstip was gelegen vóór 1 juli 2010 was, faalt op de hiervoor onder 6.10 vermelde gronden.
- 6.11.3 De instelling voert ter bestrijding van de hier aan de orde zijnde rechtsoverweging van de Geschillencommissie in haar bezwaar 2aan dat hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arresten van 5 juni 2009 geen aanknopingspunt is te vinden voor een benadering als door de Geschillencommissie is gevolgd. De instelling spreekt van “(...) betalingen die zijn gedaan na beëindiging van een overeenkomst (...)”. Nu niet blijkt dat betalingen zijn gedaan na beëindiging van de overeenkomst, begrijpt de Beroepscommissie deze zin aldus dat de instelling doelt op betalingen die zijn gedaan na de meer genoemde datum van 1 juli 2010.
- 6.11.4 De Geschillencommissie is in de aangehaalde rechtsoverweging klaarblijkelijk ervan uitgegaan dat nadat de klacht door belanghebbende aan de instelling was voorgelegd geen sprake meer was van aan belanghebbende toe te rekenen omstandigheden die de schade mede veroorzaakt hebben. Het aan de instelling kenbaar zijn van haar klacht deed echter niet eraan af dat het mede aan belanghebbende zelf, en wel voor 40%, was te wijten dat zij de overeenkomst was aangegaan zoals hiervoor onder 6.8.9 is overwogen.
- 6.11.5 De schade die is ontstaan door betalingen die belanghebbende heeft gedaan na 1 juli 2010 moet dan ook voor 40% voor rekening van belanghebbende moet worden gelaten. Het door de instelling aangevoerde bezwaar is derhalve gegrond.
- 6.12 *De proceskosten eerste aanleg; bezwaar 19 in het principaal beroep.*
- 6.12.1 De Geschillencommissie heeft aan belanghebbende een tegemoetkoming in de kosten van het aanhangig maken en de behandeling van het geschil ten laste van de instelling toegekend op de voet van art. 40.9 Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Deze bepaling luidt als volgt: “Wanneer de Commissie de Consument geheel of gedeeltelijk in het gelijk stelt, of wanneer zij daarvoor anderszins termen aanwezig acht, bepaalt zij in de uitspraak dat de Aangeslotene aan de Consument door deze in verband met het aanhangig maken en de behandeling van de Klacht gemaakte kosten, tot een door de Commissie te bepalen bedrag, zal vergoeden waarbij, naast de vergoeding van de door de Consument betaalde eigen bijdrage, door haar het liquidatietarief zoals dit wordt gehanteerd door de rechterlijke macht zal worden toegepast, tot een maximum van € 5.000.” Belanghebbende verwijt de Geschillencommissie dat zij het “tarief kantongerecht” heeft toegepast.
- 6.12.2 Gelet op hetgeen belanghebbende ter ondersteuning van dit bezwaar heeft opgemerkt verdient te worden opgemerkt dat genoemd art. 40.9 de Geschillencommissie niet de bevoegdheid geeft ook vergoeding van kosten toe te kennen die zijn gemaakt ter zake van het voorleggen van het geschil aan de Ombudsman Financiële dienstverlening.

6.12.3 Het bezwaar faalt. In dit geding is alleen aan de orde de vordering van belanghebbende. Een vordering ter zake van het [naam]-product is vergeefs ingesteld. De vordering van belanghebbende met betrekking tot het [naam]-product blijft lager dan het in art. 93, onder a, Rv genoemde bedrag. Dat de Geschillencommissie het tarief voor kantonzaken heeft toegepast is derhalve juist. Ook overigens kan niet worden gezegd dat de Geschillencommissie een onjuiste toepassing heeft gegeven aan art. 40.9 Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.

6.13 *Berekening van de door de instelling te vergoeden schade, bezwaar 20 van belanghebbende.*

6.13.1 De Geschillencommissie heeft geoordeeld, zulks naar volgt uit hetgeen zij overweegt in haar rechtsoverweging 4.3.9, dat zij niet over voldoende gegevens beschikte om nauwkeurig te bepalen welk bedrag de instelling ter vergoeding van schade aan belanghebbende dient te betalen.

6.13.2 Het hiertegen gerichte bezwaar faalt omdat de Geschillencommissie onder de gegeven omstandigheden niet gehouden was om de schade nauwkeurig vast te stellen.

## **7. Slotsom**

7.1 Appellant onder 2 kan niet in het door hem ingestelde beroep worden ontvangen.

7.2 De Beroepscommissie beschikt niet over voldoende gegevens om de door de instelling te vergoeden schade nauwkeurig vast te stellen. Partijen worden in de gelegenheid gesteld in onderling overleg tot vaststelling van de schade te komen. Hierbij zullen de volgende uitgangspunten in acht moeten worden genomen.

- De door de instelling aan belanghebbende te vergoeden schade bestaat uit de restschuld zoals hiervoor bedoeld, verminderd met hetgeen belanghebbende aan dividend of anderszins in de uitvoering van de overeenkomst mocht hebben ontvangen.
- Van deze schade dient de instelling 60% aan belanghebbende te vergoeden voor zover dit nog niet is geschied.
- De door de Geschillencommissie vastgestelde bijdrage in de kosten van rechtsbijstand in eerste aanleg van € 750,- en haar beslissing ten aanzien van de bijdrage in kosten van behandeling van het geschil in eerste aanleg van € 50,- blijven in stand.
- De Beroepscommissie vindt geen aanleiding te bepalen dat de instelling aan belanghebbende een vergoeding dient te betalen voor haar bijdrage voor beroep en gemaakte proceskosten.

7.3 Indien partijen niet binnen vier weken na verzending van deze uitspraak tot overeenstemming komen over de door de instelling aan belanghebbende te vergoeden schade zal diegene van partijen die daarbij belang meent te hebben de Beroepscommissie schriftelijk kunnen verzoeken om alsnog uitspraak te doen over de te vergoeden schade. De verzoekster zal daarbij nauwkeurig opgave dienen te doen van de samenstelling van de naar haar oordeel te vergoeden schade. De andere partij zal hierop kunnen reageren. De Beroepscommissie zal, zo dit naar haar oordeel nodig is, een nadere mondelinge behandeling bepalen.

## **8. Beslissing**

Beroepscommissie:

- verklaart appellant onder 2 niet-ontvankelijk in zijn beroep,
- houdt iedere verdere beslissing aan zoals hiervoor onder 6.2 en 6.3 is vermeld.