

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-332 d.d. 15 november 2013

(mr. J. Wortel, voorzitter, prof. mr. M.L. Hendrikse, drs. L.B. Lauwaars RA, G.J.P. Okkema en mr. A.W.H. Vink, leden, terwijl mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

Betreft twee aandelenleaseproducten. Voor zover de klacht van Consument betrekking heeft op een Vliegwielerovereenkomst bepaalt de Commissie dat zij de klacht niet in behandeling neemt omdat te dien aanzien door partijen een vaststellingsovereenkomst is gesloten. Ten aanzien van de Sprintplanovereenkomst verwerpt de Commissie de stelling van Aangeslotene dat de Commissie de klacht daarover niet in behandeling kan nemen omdat hierover reeds een juridische procedure tegen Aangeslotene aanhangig is gemaakt, aangezien Consument in die zogenaamde 3:305 a BW procedure zelf niet als procespartij optreedt. De Commissie oordeelt voorts dat Aangeslotene door de effectenlease-overeenkomst te sluiten zonder zich bij de verkoop naar behoren te kwijten van haar voorlichtings-, en vergewissingsverplichtingen, jegens Consument is tekortgeschoten en dat de geleden schade in beginsel vergoed moet worden. Zij oordeelt naar billijkheid en in lijn met haar eerdere jurisprudentie dat de aangesloten instelling zestig procent van de schade moet vergoeden.

Consument,

tegen

Aegon Financiële Diensten B.V., gevestigd te Leeuwarden, en Aegon Bank N.V., gevestigd te Utrecht, hierna te noemen Aangeslotene.

I. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief van Consument van 10 november 2012 met bijlagen, waaronder het door Consument ondertekende vragenformulier van 10 november 2012;
- de brief van Consument van 27 februari 2013 met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.

Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 11 september 2013 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. Consument heeft een aanvraagformulier voor het effectenleaseproduct Vermogens Vliegwiél (hierna te noemen: het product) ondertekend. Aangeslotene heeft vervolgens een op 20 oktober 2000 gedateerde overeenkomst aan Consument toegezonden. Consument heeft deze overeenkomst ondertekend en geretourneerd waarmee de overeenkomst tot stand is gekomen. De overeenkomst is bij Aangeslotene geadmístreerd onder contractnummer [..0..]. Het product heeft onder meer de volgende in de overeenkomst vermelde kenmerken:
 - Consument neemt van Aangeslotene in lease pakketten aandelen in een viertal AEX genoteerde fondsen met een totale aanschafwaarde (de hoofdsom) van € 9.950,40 (HFL 21.927,80).
 - Het product wordt aangegaan voor een vaste periode van 180 maanden te rekenen vanaf de aankoopdag van de aandelen.
 - Aangeslotene brengt rente in rekening op basis van 10,50% per jaar (11,02% effectief per jaar, maandelíjks achteraf te betalen) hetwelk neerkomt op een bedrag van in totaal € 9.848,16.
 - Aangeslotene brengt voorts toekomstige administratiekosten (€ 4,54 per maand, in totaal € 817,20) in rekening.
 - De totaal overeengekomen leasesom bedraagt derhalve € 20.615,40.
 - De leasesom wordt terugbetaald in 180 gelíjke termijnen van € 114,53.
 - Bij voortijdige beëindiging vindt verkoop van de aandelen plaats en wordt de verkoopopbrengst aan Consument uitbetaald onder verrekening van al hetgeen Consument aan Aangeslotene is verschuldigd. Bij een negatieve uitkomst van deze verrekening dient Consument het gebleken tekort aan Aangeslotene te voldoen.
 - Consument verklaart door ondertekening van de overeenkomst bekend te zijn met de Bijzondere Voorwaarden en zich bewust te zijn van de aan de overeenkomst verbonden risico's. In de Bijzondere Voorwaarden is ten aanzien daarvan opgenomen dat het beleggingsrisico, waaronder begrepen het risico van een waardedaling van de aangekochte aandelen alsmede van het uitblijven van opbrengsten daarvan, voor rekening van Consument is. Ook staat erin vermeld dat alle baten en waardeveranderingen van de aandelen Consument toekomen. In geval van keuzedividend heeft Consument telkens de mogelijkheid het dividend te laten uitkeren in contanten dan wel in aandelen.
- 2.2. Aangeslotene is een intermediairmaatschappij en de verkoop van haar producten verloopt via tussenpersonen. In het geval van Consument was dat [X]. Door tussenkomst van dit kantoor heeft Consument het voornoemde aanvraagformulier voor het product ondertekend.
- 2.3. Aangeslotene is op 20 oktober 2000 overgegaan tot de aankoop van de aandelen. De contractuele looptijd zou aflopen op 20 oktober 2015.

2.4. Gedurende de contractperiode heeft Consument een bedrag van € 1.552,45 aan dividend ontvangen.

2.5. Na een eerder telefonisch aanbod heeft Aangeslotene Consument per brief van 5 oktober 2012 in de vorm van een vaststellingsovereenkomst aangeboden de overeenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen. De overeenkomst luidt voor zover van belang:

“(…)

- A. (Consument) op 20 oktober 2000 een aandelenlease-overeenkomst met nummer [..0..] (de **aandelenlease-overeenkomst**) met (Aangeslotene) is aangegaan; (...)
- C. (Consument) heeft aangegeven van mening te zijn dat de aandelenlease-overeenkomst niet rechtsgeldig tot stand gekomen is;
- D. (Aangeslotene) heeft aangegeven bereid te zijn om, coulancehalve en rechtens geheel onverplicht, mede gezien de omstandigheden van het geval, mee te werken aan een minnelijke regeling;
en komen het volgende overeen:
1. de aandelenlease-overeenkomst wordt met wederzijds goedvinden beëindigd; (...)
 3. (Aangeslotene) zal coulancehalve en rechtens geheel onverplicht een bedrag van in totaal € 8.500,- aan (Consument) betalen (het **schikkingsbedrag**). (Aangeslotene) zal het schikkingsbedrag betalen na ontvangst van de door (Consument) getekende vaststellingsovereenkomst (...)
 5. partijen hebben over en weer niets meer van elkaar te vorderen en verlenen elkaar over en weer algehele en finale kwijting met betrekking tot alle vorderingen, welke direct dan wel indirect, voortvloeien uit, dan wel verband houden met de aandelenlease-overeenkomst met nummer [..0..], zulks met uitzondering van de vordering genoemd onder punt drie.”

Consument heeft deze vaststellingsovereenkomst ondertekend en geretourneerd waarna Aangeslotene tot uitbetaling aan Consument van het erin opgenomen bedrag is overgegaan.

2.6. Consument heeft voorts op 28 september 2000 een aanvraagformulier voor het effectenleaseproduct SprintPlan (hierna ook te noemen: product S) ondertekend. Uit deze aanvraag is een overeenkomst voortgekomen, met ingangsdatum 1 november 2000. Product S is aangeboden door de aan Aangeslotene gelieerde onderneming A Bank. (Waar in het hiernavolgende Aangeslotene wordt genoemd, wordt daarmee ook, voor zover het de hier bedoelde overeenkomst betreft, bedoeld op A Bank). Aangeslotene heeft nadien een rekening voor Consument geopend met kenmerk [..1..]. Dit product S heeft onder meer de volgende kenmerken:

- Aangeslotene belegt voor rekening en risico van Consument een bedrag van HFL 37.500,00 in participaties in het (Aangeslotene) Garantiefonds (hierna: de participaties).
- Aangeslotene leent dit bedrag aan Consument tegen een maandelijks te betalen rente van 8,00% (effectief 8,3%) per jaar.
- het product heeft een looptijd van vijf jaar.
- na ommekomst van deze termijn 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 een uit drie indices samengestelde index (te weten Nikkei 225, Dow Jones EuroStoxx en S&P 500).
- 2.7. Aangeslotene is op 1 november 2000 overgegaan tot de aankoop van de participaties. De contractuele looptijd liep af op 31 oktober 2005. Gedurende die periode heeft Consument de eerste twaalf maanden maandelijks een bedrag van HFL 250,00 (€ 113,45) aan rentevergoeding betaald en met ingang van 1 november 2001 tot aan het einde van de looptijd, in overeenstemming met de voorwaarden, HFL 100,00 (€ 45,38) per maand. Consument heeft in totaal € 3.539,64 aan inleg betaald.
- 2.8. Consument heeft zich in 2005 aangesloten bij de Vereniging Consument- en Geldzaken waarover hij Aangeslotene per brief van 23 juni 2005 heeft geïnformeerd. Deze vereniging heeft in januari 2004 een juridische procedure tegen Aangeslotene geëntameerd inzake de SprintPlan overeenkomsten, die nog loopt. Aangeslotene heeft in haar brief van 1 juli 2005 onder meer de ontvangst van eerder genoemde brief bevestigd.
- 2.9. Aangeslotene heeft Consument per brief van 12 oktober 2012 een regeling inzake product S aangeboden. Zij stelt bereid te zijn een bedrag van € 2.125,00 aan Consument terug te betalen. Consument heeft dit aanbod niet geaccepteerd.

3. De vordering en grondslagen

- 3.1. Consument vordert, naar de Commissie begrijpt, vergoeding van zijn schade, bestaande uit het verlies dat hij ten gevolge van beide overeenkomsten heeft geleden met rente en kosten door hem begroot op € 21.538,61, te weten de inleg (volgens Consument € 14.728,91 wat de Vliegwiellovereenkomst betreft en € 6.809,70 ten aanzien van de Sprintplanovereenkomst), de juridische kosten en de wettelijke rente vanaf de datum van de eerste klacht.
- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Consument betoogt ten aanzien van beide overeenkomsten dat aan het tekortschieten van Aangeslotene is te wijten dat hij bij het aangaan ervan heeft gedwaald. In ieder geval heeft Aangeslotene bij het aanbieden van deze producten en het afsluiten van de overeenkomsten haar zorg- en informatieplicht verzaakt zodat zij jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld en de dientengevolge geleden schade moet vergoeden, aldus Consument. Daarnaast heeft Aangeslotene verzuimd te wijzen op haar interne klachtprocedure en de mogelijkheid de klacht aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening voor te leggen.
Consument heeft nog aangevoerd dat de overeenkomsten tot stand zijn gekomen doordat Aangeslotene zich te buiten is gegaan aan colportage, 'cold calling' in strijd met de Nadere Regelingen van 1995 en 1999 en misleiding, om welke redenen de overeenkomsten moeten worden vernietigd.
- 3.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

- 4.1.1. Aangeslotene heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat de hiervoor onder 2.5. genoemde, tussen partijen gesloten, vaststellingsovereenkomst meebrengt dat de Commissie de klacht over de Vermogens Vliegwiellovereenkomst niet in behandeling kan nemen.
- 4.1.2. Dit verweer treft doel. Hetgeen Consument aanvoert met betrekking tot de wijze waarop de vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen, is niet aan te merken als “een blijk van onvrede inzake een financiële dienst” als bedoeld in het voor deze Commissie geldende Reglement. De inhoud van die vaststellingsovereenkomst staat dus niet ter beoordeling van de Commissie, zodat het ervoor gehouden moet worden dat na het verlenen van finale kwijting als in die vaststellingsovereenkomst genoemd, ter zake van de aandelenlease-overeenkomst tussen partijen geen geschil meer bestaat. Voor zover de stellingen van Consument aldus begrepen zouden moeten worden dat zijn gebondenheid aan de vaststellingsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zijn zij onvoldoende concreet onderbouwd.
- 4.1.3. Voor zover de klacht van Consument betrekking heeft op de Vliegwiellovereenkomst zal de Commissie daarom moeten bepalen dat zij de klacht niet in behandeling neemt.
- 4.1.4. Ten aanzien van de Sprintplan overeenkomst heeft Aangeslotene gesteld dat de Commissie de klacht daarover niet in behandeling kan nemen op grond van artikel 14 lid I sub b van het Reglement. Gelet op de omstandigheid dat Consument zich in 2005 heeft aangesloten bij de Vereniging Consument en Geldzaken en deze vereniging over voornoemd product een juridische procedure tegen Aangeslotene aanhangig heeft gemaakt die nog niet is afgerond, dient de klacht erover niet ontvankelijk te worden verklaard, aldus Aangeslotene.
- 4.1.5. De Commissie verwerpt deze stelling van Aangeslotene. Aangeslotene heeft ter zitting desgevraagd beaamd dat sprake is van een zogenaamde 3:305 a BW procedure en dat Consument zelf in die procedure niet als procespartij optreedt. Bovendien is kenmerkend voor dergelijke procedures dat daarin geen in een geldsom uitgedrukte vordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld en/of toegewezen.
- 4.1.6. De Commissie bespreekt vervolgens hetgeen partijen hebben opgeworpen ten aanzien van de Interne Klachten Procedure van Aangeslotene. Consument heeft de stelling van Aangeslotene, dat de Commissie de klacht (voorlopig) niet kan behandelen omdat de Interne Klachten Procedure van Aangeslotene niet is afgerond, gemotiveerd weersproken. Daarbij heeft Consument gerefereerd aan een e-mailbericht van Aangeslotene van 22 december 2011 waaruit naar zijn mening het definitieve standpunt van Aangeslotene blijkt. Die stelling heeft Aangeslotene niet gemotiveerd weersproken, en zij is ter zitting ook niet meer op deze kwestie teruggekomen. De Commissie neemt als niet of onvoldoende weersproken aan dat Consument zijn klacht aan Aangeslotene heeft voorgelegd alvorens het geschil bij de Commissie aanhangig te maken.
- 4.2.1. Bij de beoordeling van dit geschil staat voorop dat Aangeslotene bij het aanbieden en uitvoeren van de Sprintplanovereenkomst is opgetreden als effecteninstituting. De

aangeboden effectenleaseconstructie komt er immers op neer dat Aangeslotene voor rekening en risico van Consument aandelen koopt, terwijl de uitkomst van de overeenkomst afhankelijk is van het koersverloop van die aandelen. Daarmee verwerpt de Commissie de namens Consument opgeworpen stelling dat sprake zou zijn van een kansovereenkomst. Uit het feit dat Aangeslotene in deze optreedt als effecteninstelling vloeit voort dat zij 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. In geval van beleggingsbeslissingen waaruit voor de belegger aanzienlijke (bij)betalingsverplichtingen kunnen voortvloeien, zoals bij beleggingen en handel in opties, gaat de zorgplicht van de effecteninstelling zelfs zover dat de particuliere, niet professionele belegger in bescherming wordt genomen tegen diens eigen ondeskundigheid of lichtvaardigheid. Gelet op de daaraan verbonden risico's, geldt dat naar het oordeel van de Commissie ook voor de beslissing tot het aangaan van een effectenlease-overeenkomst.

- 4.2.2. Ten aanzien van de voor het bepalen van de reikwijdte van bedoelde zorgplicht relevante feiten, stelt de Commissie voorts het volgende vast:
- Effectenlease-overeenkomsten als de onderhavige zijn niet eenvoudig van aard. Daarom moet er rekening mee gehouden worden dat de gemiddelde - niet met financiële en vermogensrechtelijke kwesties vertrouwde - 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 geleaste aandelen bij verkoop te weinig opbrengen om de lening in te lossen, zodat een restschuld blijft bestaan, in dit geval ontbreekt, kent de aandelenleaseconstructie evenwel nog een ander belangrijk nadeel. De kosten die de consument moet betalen bij het aangaan van een aandelenleasecontract 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 aandelenleasecontract de desbetreffende aandelen beduidend in koers gestegen zijn. Niet alleen bij een koersdaling, maar zelfs bij een beperkte koersstijging, 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 rekenschap te geven van de alleszins aanwezige kans dat de koersstijging ontoereikend zou blijken om Consument zijn volledige investering terug te bezorgen, laat staan hem rendement te verschaffen.
- Consumenten zoals Consument hebben nochtans een eigen verantwoordelijkheid bij de aanschaf van financiële producten. Zij kunnen echter die verantwoordelijkheid 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. Reeds daarom diende Aangeslotene het door haarzelf vastgestelde en via tussenpersonen verspreide informatiemateriaal - brochures, aanvraagformulieren en (concept)formulieren van overeenkomsten en de daarbij horende algemene voorwaarden - zodanig op te stellen dat degene die overwoog een dergelijke overeenkomst aan te gaan in dat informatiemateriaal de nadrukkelijke waarschuwing aantroef, in bewoordingen die voor een breed en ondeskundig publiek begrijpelijk zijn, dat, afhankelijk van de ontwikkeling op de effectenmarkten, na afloop de kans aanwezig was dat de opbrengst van de verkoop van de geleaste aandelen niet of nauwelijks toereikend zou zijn om de investering van de consument te compenseren zodat zijn investering per saldo geheel of grotendeels 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 uitstrekke tot de precontractuele fase en nadrukkelijk ook gold ten opzichte van elke consument die overwoog een effectenlease-overeenkomst aan te gaan. Dat geldt eveneens ingeval de tussen Aangeslotene en consument ontstane rechtsverhouding niet is begonnen met rechtstreeks gevoerde onderhandelingen. De redelijkheid en de 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. Uit de overeenkomst blijkt dat Aangeslotene voor Consument in participaties in een door haar beheerd garantiefonds belegt en Aangeslotene over het bedrag dat nodig is voor de aanschaf daarvan aan Consument rente in rekening brengt. Verder is in de overeenkomst bepaald dat aan het einde van de looptijd ervan alsmede bij voortijdige beëindiging ervan verkoop van de aandelen plaatsvindt waarna de verkoopopbrengst aan Consument wordt uitbetaald onder verrekening van al hetgeen Consument aan Aangeslotene is verschuldigd. Voorts is er weliswaar sprake van een gegarandeerde einduitkering (de zogenaamde garantiewaarde) waarmee bij de afloop het geleende bedrag kan worden terugbetaald. Niet is echter door Aangeslotene gesteld en evenmin is gebleken dat de zojuist bedoelde nadrukkelijke waarschuwing is gegeven in

ander door Aangeslotene aan Consument ter beschikking gesteld informatiemateriaal. 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 tekortschietende 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 welke consequenties er voor hem aan deze overeenkomst waren verbonden.
- 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 voorlichtings-, en vergewissingsverplichtingen, jegens Consument is tekortgeschoten in de nakoming van de bijzondere zorgvuldigheid die zij als aanbieder van deze overeenkomsten in acht diende te nemen en derhalve jegens Consument onrechtmatig heeft gehandeld. Het is aannemelijk dat Consument de overeenkomst niet zou hebben gesloten, indien hij zich ervan rekenschap had gegeven dat hij onder de hiervoor aangegeven omstandigheid een reëel risico liep zijn gehele investering 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 het ontstaan van 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 en een brochure. Consument was vervolgens gedurende twee weken in de gelegenheid van de overeenkomst af te zien. Hij was dus vóór dat moment in de gelegenheid het door Aangeslotene ter beschikking gestelde contractsformulier - met daarin de volledige voorwaarden van de overeenkomst - (nader) te bestuderen. Naar het oordeel van de Commissie moet het Consument bij nauwkeurige kennisneming van dit contractsformulier duidelijk zijn geworden dat de overeenkomst niet zonder risico zou zijn. Daarin is immers vermeld dat er sprake is van een hoofdsom en van een door hem daarover te vergoeden rente. Hij kon erin vinden dat de overeenkomst mede de aanschaf en op termijn de verkoop van aandelen (in de vorm van participaties in het garantiefonds) inhield. De Commissie beschouwt als feit van algemene bekendheid dat beleggen in aandelen gepaard gaat 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 te informeren omtrent de precieze aard en potentiële omvang van de daaraan verbonden risico's. Gelet op de feitelijke gang van zaken en de verhouding tussen partijen, zoals de Commissie die in het onderhavige geval aannemelijk acht, is het evenmin in strijd met de redelijkheid dat Aangeslotene Consument tegenwerpt dat hij bij nauwlettende bestudering van het door hem ondertekende contract had kunnen bemerken dat de overeenkomst niet geheel zonder risico's zou zijn.

- 4.3.3. Hierin ligt besloten dat de Commissie Consument niet volgt in zijn stellingen dat hij bij het aangaan van de overeenkomst heeft gedwaald, of dat de overeenkomst aantastbaar is wegens misleiding. Evenmin volgt de Commissie Consument in zijn stellingen dat de overeenkomst op grond van overtreding van de colportagewet en de Nadere Regelingen van 1995 en 1999, voor wat betreft 'cold calling', moet worden vernietigd. Tegenover de gemotiveerde betwisting van deze stellingen door Aangeslotene heeft Consument - alhoewel hij daartoe de gelegenheid heeft gekregen - nagelaten in voldoende mate te onderbouwen waarom zijn beroepen op deze bepalingen alsnog dienen te slagen. De Commissie merkt nog op dat de Colportagewet in deze zaak niet van toepassing is aangezien de werking ervan zich niet uitstrekt tot effectenleaseovereenkomsten als de onderhavige. Ten aanzien van de beweerde overtreding van de Nadere Regeling(en) geldt dat zelfs indien met Consument zou kunnen worden aangenomen dat van 'cold calling' en een overtreding van de betreffende bepalingen sprake is geweest, daaraan niet de door Consument gestelde gevolgtrekking kan worden verbonden. In vernietiging van de overeenkomst op deze grond is niet in de wet(sgeschiedenis) voorzien.
- 4.3.4. Aangezien de op een 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 lichtzinnigheid zullen de tekortkomingen van die wederpartij bij de toepassing van art. 6:101 eerste lid BW minder zwaar wegen dan die van die aanbieder. Naar het oordeel van de Commissie is de tekortkoming die Aangeslotene bij het aangaan van de overeenkomst kan worden verweten, 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. In het hiernavolgende zal de Commissie de omvang van deze schadevergoedingsplicht nader bepalen.
- 4.3.5. Aan de stelling van Aangeslotene dat uit de op 5 juni 2009 uitgesproken arresten van de Hoge Raad volgt dat de Commissie niet kan afwijken van de daarin vervatte formules voor het beslechten van geschillen over effectenleaseproducten gaat de Commissie voorbij.
- In die arresten, gewezen in zaken betreffende effectenleaseproducten van diverse aanbieders, heeft de Hoge Raad zijn overwegingen naar aanleiding van de in die zaken ingediende cassatiemiddelen ingeleid met de opmerking dat een zo groot mogelijke precedentwerking voor (de afdoening van) de vele soortgelijke geschillen wordt beoogd, en algemene beschouwingen opgenomen met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme afdoening van de vele geschillen omtrent effectenleaseovereenkomsten. Daarbij heeft de Hoge Raad evenwel het voorbehoud gemaakt dat in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval. Daarom pretendeert de Hoge Raad niet "een instructie [te geven] voor de verdere behandeling van dit soort geschillen, maar slechts een handreiking aan de praktijk voor de beslechting ervan."

Voorts heeft de Hoge Raad in zijn algemene beschouwingen over zorgplicht en schadevergoeding vooropgesteld dat de aard van de aansprakelijkheid van de aanbieder van een effectenleaseproduct, welke aansprakelijkheid wordt bepaald door de verplichting te voorkomen dat een potentiële particuliere wederpartij de overeenkomst met ontoereikend inzicht aangaat, in beginsel grond kan zijn voor het toerekenen, in de zin van art. 6:98 BW, van alle nadelige financiële gevolgen van die overeenkomst aan de aanbieder van het effectenleaseproduct, niet alleen de gerealiseerde restschuld maar ook de reeds betaalde rente en, in voorkomend geval, de reeds betaalde aflossing (HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, rr.oo. 4.1 en 5.4.3).

Ook na de hier bedoelde uitspraken van de Hoge Raad voelt de Commissie zich daarom vrij om haar eigen, reeds voordien ontwikkelde benadering te blijven volgen. De benadering houdt onder meer in dat, gelet op de aard van de aansprakelijkheid van Aangeslotene in verband met de op haar rustende zorgplicht, alle uit de overeenkomst voortvloeiende betalingsverplichtingen van de Consument – ook de betalingsverplichtingen die betrekking hebben op verschuldigde rente, aflossing of andere kosten – behoren tot de schade die in zodanig verband staat tot de tekortkoming van Aangeslotene bij het aangaan van de overeenkomst dat zij redelijkerwijs als gevolg van die tekortkoming aan Aangeslotene kan worden toegerekend, als bedoeld in art. 6:98 BW.

Voor zover de Consument moet worden tegengeworpen dat hij bij een zorgvuldige besluitvorming had kunnen beseffen dat een geldlening met een rentelast onderdeel van de overeenkomst is, en die omstandigheid aanleiding moet zijn de op Aangeslotene rustende schadevergoedingsplicht te matigen, zal dat op de voet van art. 6:101 BW dienen te geschieden. Ook overigens ziet de Commissie in deze en nadien door de Hoge Raad op dit onderwerp betrekking hebbende gewezen arresten geen aanleiding voor een andere beslissing dan de hiernavolgende.

- 4.3.6. De Commissie is van oordeel dat Consument (zoals hiervoor bij 4.3.2 is vastgesteld) ook zelf heeft bijgedragen aan het ontstaan van de door hem geleden schade en dat hij om die reden, gelet op alle hiervoor genoemde omstandigheden, waaronder ook de ernst van het aan Aangeslotene en Consument te maken verwijt, veertig procent van de geleden schade – derhalve bestaande uit alle (maand- en bij-) betalingen die Consument tot aan het einde van de looptijd krachtens de overeenkomst heeft verricht of diende te verrichten – voor eigen rekening zal moeten nemen. Van die schade zal Aangeslotene hem dus 60% moeten vergoeden. Door partijen zijn geen althans onvoldoende bijzondere omstandigheden gesteld die meebrengen dat de billijkheid een andere verdeling van de schade eist.
- 4.3.7. Het hiervoor overwogene komt erop neer dat Aangeslotene ter zake van een overeenkomst die door het verstrijken van de looptijd reeds was beëindigd toen Aangeslotene de als een ingebrekestelling te beschouwen klacht van Consument ontving als vergoeding van schade aan Consument moet terugbetalen al hetgeen Consument haar méér heeft voldaan dan veertig procent van de uit hoofde van de overeenkomst verschuldigde betalingen, of – voor zover Consument niet volledig aan die betalingsverplichting heeft voldaan – nog slechts betaling mag verlangen tot veertig

procent van hetgeen Consument haar uit hoofde van de overeenkomst diende te betalen. 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.

- 4.3.8. Op de hiervoor bij 4.3.7, eerste en tweede volzin, bedoelde, als schadevergoeding te betalen, bedragen mag Aangeslotene in mindering brengen de bedragen die uit hoofde van de overeenkomst bij wege van dividend of anderszins aan Consument zijn uitgekeerd.
- 4.3.9. Over het bedrag dat Aangeslotene aldus aan Consument dient te betalen moet rente worden vergoed gelijk aan de wettelijke rente. Deze rente moet worden berekend met ingang van de dag waarop de klacht aan Aangeslotene is voorgelegd, zijnde 23 juni 2005, tot aan de dag waarop Aangeslotene volledig aan haar in dit bindend advies vastgestelde betalingsverplichting zal hebben voldaan. Voorts dient Aangeslotene aan Consument te vergoeden een bijdrage in de kosten van rechtsbijstand, die de Commissie naar billijkheid begroot, uitgaande van drie punten volgens het Liquidatietarief rechtbanken en hoven (tarief kantongerecht) en 60% van het hiervoor, bij 'feiten', vastgestelde bedrag aan inleg als toegewezen deel van de vordering, op € 450, alsmede de eigen bijdrage in de kosten van behandeling van dit geschil ad € 50. Alle overige stellingen die partijen hebben betrokken behoeven, wederom in het licht van hetgeen hiervoor reeds is overwogen, geen afzonderlijke bespreking meer.

5. Beslissing

De Commissie stelt als bindend advies vast dat Aangeslotene binnen één maand na de dag van verzending aan partijen van een afschrift van dit bindend advies aan Consument betaalt een bedrag ter grootte van zestig procent van de in 4.3.6. genoemde schade, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 23 juni 2005, en ten aanzien van betalingen die Aangeslotene nadien nog van Consument heeft ontvangen, vanaf die dag van betaling, tot de dag van algehele voldoening.

Het door Aangeslotene te betalen bedrag wordt vermeerderd met een bijdrage in de kosten van rechtsbijstand van € 450, alsmede de door Consument voldane bijdrage in de kosten van behandeling van dit geschil ad € 50.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.