

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-416 d.d.
25 november 2014**

(mr. J. Wortel, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en R.H.G. Mijné, leden en mr. J.J. Guijt, secretaris)

Samenvatting

Effectenlease. De Commissie acht zich gehouden het rechtsoordeel van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening in haar uitspraken van 1 juli 2014 [Uitspraak 2014-021] en van 15 oktober 2014 [Uitspraken 2014-032, 2014-033 en 2014-034] te volgen. Dit rechtsoordeel houdt in dat voor de (inhoudelijke) beoordeling van geschillen betreffende effectenlease in het bijzonder van belang is hetgeen de Hoge Raad in zijn arresten van 5 juni 2009 ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en NJ 2012/183, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 en NJ 2012/182 alsmede ECLI:NL:HR:2009:BH2822 en NJ 2012/184 heeft overwogen. De Commissie oordeelt dat Aangeslotene door de effectenlease-overeenkomst te sluiten zonder zich bij de verkoop naar behoren te kwijten van haar voorlichtings-, vergewissings- en onderzoeksverplichtingen, jegens Consument is tekortgeschoten. Ingevolge de recente uitspraken van de Commissie van Beroep kan Aangeslotene slechts aanspraak maken op 40% van de restschuld. Nu tussen partijen vaststaat dat de restschuld onbetaald is gebleven, moet de vordering van Consument worden afgewezen.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap Achmea Retail Bank N.V. (rechtsoptvolgster onder algemene titel van Levob Bank N.V.), gevestigd te Amersfoort, hierna te noemen Aangeslotene.

I. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende vragenformulier met bijlage, ontvangen op 23 januari 2012;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 16 maart 2012 met bijlagen;
- de brief van Aangeslotene van 29 mei 2012;
- het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument van 25 juni 2012;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 17 november 2012;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 9 december 2012 met bijlage;
- het verweerschrift van Aangeslotene met bijlagen;
- de repliek van Consument met bijlage;
- de dupliek van Aangeslotene met bijlage.

De Commissie betreft in de beoordeling tevens hetgeen partijen naar aanleiding van de hierna te noemen brief van de voorzitter van de Geschillencommissie van 17 juli 2014, aan de Commissie hebben medegedeeld. De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat beide partijen het

advies als bindend zullen aanvaarden. De Commissie heeft vastgesteld dat het geschil zich leent voor schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37 van haar Reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 Consument heeft in juni 2000 met de rechtsvoorganger van Aangeslotene vijf overeenkomsten (met de contractnummers [..1..] t/m [..2..]) gesloten van het effectenleaseproduct “Het Levob Hefboom Effect” (deze overeenkomsten hierna gezamenlijk: “de Overeenkomst”). De Overeenkomst bevat de volgende kenmerken die in de door Consument ondertekende Overeenkomst ook vermeld zijn:
 - Aangeslotene belegt voor rekening en risico van Consument per overeenkomst € 7.000,- in negen in de AEX index opgenomen fondsen;
 - Aangeslotene leent dit bedrag aan Consument tegen een maandelijks achteraf te betalen rente die effectief 8,9% per jaar bedraagt;
 - het Product heeft een looptijd van vijf jaar, met - op verzoek - een verlengingsmogelijkheid van maximaal tien jaar;
 - na vijf jaar - behoudens verlenging - verkoopt Aangeslotene de fondsen waarna zij de opbrengst van die verkoop - onder aftrek van 1% verkoopkosten - gebruikt ter aflossing van de uitstaande lening. Een daarna resterend surplus keert zij aan Consument uit, terwijl een eventueel resterend tekort door hem binnen veertien dagen moet worden aangezuiverd;
 - indien de waarde van de onderliggende effecten groter is dan de inleg wordt door Aangeslotene jaarlijks ter vermindering van de lasten van Consument aan deze een bedrag ad € 210,- per overeenkomst uitgekeerd, zijnde 3% van de inleg;
 - ingeval op de aandelen dividenden beschikbaar worden gesteld, worden die aan Consument uitgekeerd.
- 2.2 Aangeslotene is een intermediairmaatschappij en de verkoop van haar producten verloopt via tussenpersonen. In het geval van Consument was dat Gelink Adviesgroep B.V. hierna genaamd: “Gelink”. Door tussenkomst van Gelink heeft Consument op 16 juni 2000 een aanvraagformulier voor de Overeenkomst ondertekend.
- 2.3 Ten behoeve van betaling van de maandelijks verschuldigde rentetermijnen heeft Consument een Flex-spaarrekening geopend en hierop een bedrag van € 6.806,70 (f 15.000,-) gestort. Begin 2003 bleek het saldo op deze rekening niet meer toereikend te zijn voor betaling van de maandelijks termijnen.
- 2.4 Bij brief van 7 januari 2003 heeft Consument Aangeslotene medegedeeld dat hij niet langer in staat was de gehele maandelijks verschuldigde rente uit hoofde van de Overeenkomst te betalen. In deze brief maakt Consument voorts melding van het feit dat de verschuldigde bedragen veel hoger zijn dan destijds voorgespiegeld. Aangeslotene heeft Consument naar aanleiding van deze brief bij brief van 22 mei 2003 een renteverlaging aangeboden. Dit voorstel is door Consument geaccepteerd.
- 2.5 Na afloop van de vaste looptijd van vijf jaar heeft Consument gebruik gemaakt van de in de Overeenkomst voorziene mogelijkheid de looptijd te verlengen tegen een variabele rente. De Overeenkomst is in september 2010 beëindigd. De restschuld, welke Consument niet heeft voldaan, bedraagt volgens de eindafrekening van 27 september 2010 € 12.687,25.

- 2.6 Aangeslotene heeft Consument bij brief van 29 mei 2012 een aanbod gedaan tot beëindiging van het geschil tegen betaling van het bedrag dat is berekend overeenkomstig de in eerdere uitspraken van de Commissie gehanteerde berekeningswijze. Consument heeft dit aanbod niet geaccepteerd.

3. Vordering, grondslagen en verweer

- 3.1 Consument vordert, naar de Commissie begrijpt, vernietiging van de Overeenkomst en terugbetaling van alle door hem betaalde bedragen (door hem begroot op € 18.250,-) vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling door Consument tot aan de dag van terugbetaling door Aangeslotene en veroordeling van Aangeslotene in de kosten van rechtsbijstand van Consument. Bij brief van 1 september 2014 heeft de gemachtigde van Consument de eis ter zake van de zorgplichtschending verminderd tot 80% van de inleg plus 3,5% fictief rendement.
- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Consument betoogt dat het aan het tekortschieten van Aangeslotene is te wijten dat de Overeenkomst tot stand is gekomen doordat de tussenpersoon van Consument, Gelink, de wettelijke regels met betrekking tot een cliëntenremisier heeft overtreden en zich te buiten is gegaan aan colportage alsmede 'cold calling' in strijd met artikel 26 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer. Voorts stelt Consument dat het aan het tekortschieten van Aangeslotene is te wijten dat hij bij het aangaan van de Overeenkomst heeft gedwaald doordat Aangeslotene zich te buiten is gegaan aan misleiding, om welke reden de Overeenkomst moet worden vernietigd. Consument is door Gelink geadviseerd een hypotheek aan te gaan met aflossing door middel van de Overeenkomst. Daarbij is hem voorgespiegeld dat met deze stapelconstructie een gegarandeerde hoge opbrengst zou worden behaald. Consument betoogt voorts dat Aangeslotene bij het aanbieden en het afsluiten van de Overeenkomst haar zorg- en informatieplicht heeft verzaakt, zodat zij jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld en de daardoor door Consument geleden schade moet vergoeden. Voorts verzoekt Consument Aangeslotene te veroordelen in zijn kosten van rechtsbijstand. Consument verwijt Aangeslotene tot slot dat zij heeft verzuimd hem te wijzen op haar interne klachtenregeling en de mogelijkheid de klacht voor te leggen aan Kifid.
- 3.3 Op de stellingen die Aangeslotene tot verweer heeft opgeworpen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

- 4.1 Alvorens de Commissie tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil kan komen, dient allereerst te worden beslist op het door Aangeslotene gevoerde verweer omtrent de ontvankelijkheid van de klacht. In dat kader overweegt de Commissie als volgt.
- 4.2 Aangeslotene stelt dat de klacht van Consument reeds is ontstaan begin 2003 bij het 'leegraken' van de Flex-spaarrekening. Op dat moment was Consument er volgens Aangeslotene van op de hoogte dat de storting niet afdoende was om de verschuldigde maandelijkse rentetermijnen voor de Overeenkomst te voldoen. Door eerst in 2010 een klacht in te dienen heeft Consument ingevolge de artikelen 15.1 en 15.2 van het Reglement

niet binnen een redelijke termijn geklaagd, en is hij derhalve niet-ontvankelijk in zijn klacht, aldus Aangeslotene. Daarnaast stelt Aangeslotene dat de klacht van Consument reeds is afgehandeld in 2003 aangezien Consument toen een regeling met Aangeslotene is overeengekomen en daarmee akkoord is gegaan met de afhandeling van zijn klacht. Bovendien stelt Aangeslotene dat de klacht niet meer aan Kifid kan worden voorgelegd nu de gemachtigde van Consument zelf heeft gesteld dat Consument in 2003 reeds heeft geklaagd bij Gelink en dat die klacht toen al is afgehandeld.

- 4.3 De stelling van Aangeslotene, inhoudende dat Consument hem reeds in 2003 in gebreke had kunnen stellen, wordt verworpen. De klacht over het 'leegraken' van de Flexspaarrekening betreft de wijze waarop de maandelijkse betalingsverplichtingen voldaan moesten worden, maar geeft niet blijk van inzicht in de volledige ongeschiktheid van de Overeenkomst, dan wel de onverenigbaarheid van de Overeenkomst met hetgeen Consument voor het sluiten van de Overeenkomst hierover is voorgespiegeld.
- 4.4 Ook de stelling van Aangeslotene, inhoudende dat met het accepteren door Consument van het door Aangeslotene gedane rentevoorstel de klacht in 2003 reeds is afgehandeld, faalt. Dit rentevoorstel zag immers op het feit dat Consument niet aan zijn maandelijkse verplichtingen kon voldoen en niet op de nadien ontstane klacht over de ongeschiktheid van de Overeenkomst en de onverenigbaarheid van de Overeenkomst met hetgeen Consument voor het sluiten van de Overeenkomst hierover is voorgespiegeld.
- 4.5 Dat Consument zich eerder (in 2003) bij Gelink heeft beklagd, betekent ook niet dat Consument zich thans niet meer tot Kifid kan wenden ter zake van de klacht tegen Aangeslotene.
- 4.6 Naar het oordeel van de Commissie kon Consument zich pas na ontvangst van de eindafrekening van 27 september 2010 bewust zijn van de gevolgen van de Overeenkomst. De gemachtigde van Consument heeft bij e-mailbericht van 29 oktober 2010 een klacht bij Aangeslotene ingediend. Toen hierop geen antwoord kwam, heeft de gemachtigde van Consument Aangeslotene op 7 maart 2011 gerappelleerd. Vervolgens heeft de gemachtigde van Consument op 8 november 2011 een klacht bij Kifid ingediend. Hiermee heeft Consument tijdig geklaagd en is daarmee ontvankelijk in zijn beroep. Ook het door Aangeslotene gedane beroep op verjaring, althans rechtsverwerking wordt verworpen nu Consument eerst in 2010 bekend werd en kon zijn met de gevolgen van de Overeenkomst.
- 4.7 Ten aanzien van de door Consument ingediende klachten overweegt de Commissie als volgt.
- 4.8 De Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening heeft in uitspraken van 1 juli 2014 [Uitspraak 2014-021] en van 15 oktober 2014 [Uitspraken 2014-032, 2014-033 en 2014-034], opgemerkt dat voor de (inhoudelijke) beoordeling van geschillen betreffende effectenlease in het bijzonder van belang is hetgeen de Hoge Raad onder meer in zijn drie arresten van 5 juni 2009 heeft overwogen. Daarbij is bedoeld op de arresten van de Hoge Raad gepubliceerd als ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en NJ 2012/183, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 en NJ 2012/182 alsmede ECLI:NL:HR:2009:BH2822 en NJ 2012/184. Voor zover thans van belang zijn in de arresten van 5 juni 2009 vrijwel gelijklopende overwegingen opgenomen. De Commissie zal in het hiernavolgende alleen verwijzen naar de overwegingen in het arrest dat is gepubliceerd als NJ 2012/182 (hierna: HR NJ 2012/182).

- 4.9 De Commissie acht zich gehouden dit rechtsoordeel van zijn appelinstantie te volgen. Bij brief van 17 juli 2014 heeft de voorzitter van de Geschillencommissie partijen in nog te beoordelen zaken over effectenlease gewezen op de uitspraak van de Commissie van Beroep van 1 juli 2014, en hen uitgenodigd hun zienswijze kenbaar te maken.
- 4.10 Voor zover de vordering van Consument berust op stellingen aangaande dwaling of misleiding (misleidende reclame) stuit zij af op hetgeen is overwogen in HR NJ 2012/182 bij 4.4.5, 4.5.4, 4.6.3 en 4.7.4. Bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen voeren zijn niet gesteld.
Voor zover de vordering berust op stellingen aangaande overtreding van het colportageverbod of het verbod van 'cold calling' moet zij worden afgewezen omdat dienaangaande onvoldoende feiten en omstandigheden zijn aangevoerd.
- 4.11 Voor zover de vordering berust op de stelling dat Aangeslotene niet de bijzondere zorgplicht in acht heeft genomen waaraan een financiële dienstverlener ten opzichte van haar wederpartij dient te voldoen, overweegt de Commissie als volgt.
- 4.12 Aangeslotene is bij het aanbieden van de Overeenkomst opgetreden als effecteninstelling. De aangeboden effectenleaseconstructie komt er immers op neer dat Aangeslotene voor rekening en risico van Consument effecten kocht, terwijl de uitkomst van de Overeenkomst afhankelijk is van het koersverloop van die effecten. Hieruit vloeit voort dat Aangeslotene jegens Consument de bijzondere zorg diende te betrachten waartoe een effecteninstelling als bij uitstek deskundige professionele dienstverlener in het algemeen gehouden is jegens een particuliere, niet professioneel handelende consument. In geval van beleggingsbeslissingen waaruit voor de consument (aanzienlijke) (bij)betalingverplichtingen kunnen voortvloeien, gaat de zorgplicht van de dienstverlener zelfs zo ver dat de particuliere, niet professioneel handelende, belegger in bescherming moet worden genomen tegen diens eigen ondeskundigheid of lichtvaardigheid. Het sluiten van een effectenlease-overeenkomst is in beginsel aan te merken als zo een beleggingsbeslissing waaruit (bij)betalingverplichtingen kunnen voortvloeien.
- 4.13 Ten aanzien van de feiten, relevant voor het bepalen van de reikwijdte van de hier bedoelde zorgplicht in het onderhavige geval, stelt de Commissie voorts het volgende vast. Aan beleggen met geleend geld is onder meer het risico verbonden dat de beleggingen bij verkoop te weinig opbrengen om de lening af te lossen. Verder zijn effectenlease-overeenkomsten als de onderhavige niet eenvoudig van aard. Zulke (samengestelde) overeenkomsten vertonen in hun mogelijke uitwerking een complexiteit die voorzienbaar maakt dat de gemiddelde – niet met financiële kwesties vertrouwd – consument niet in staat is op eigen kracht een compleet en realistisch beeld van de mogelijke resultaten te krijgen. Voorts hadden de specifieke risico's van effectenlease ten tijde van het sluiten van de door Consument aangegane Overeenkomst niet een zodanige aandacht in de media gekregen dat zij ook bij een ondeskundig publiek bekend konden worden geacht. Daarentegen behoorde Aangeslotene zich als professionele dienstverlener bewust te zijn van de gerede mogelijkheid dat de koersen van de effecten onvoldoende zouden stijgen om Consument in staat te stellen aan het einde van de looptijd zijn bij de overeenkomsten aangegane schuld af te lossen. Bovendien heeft Aangeslotene de onderhavige overeenkomsten aan een breed publiek aangeboden en daarbij toegelaten dat de overeenkomsten door toedoen van tussenpersonen tot stand kwamen. Er is niet gebleken dat Aangeslotene erop heeft toegezien dat die tussenpersonen geïnteresseerden tijdig van

volledige en duidelijke informatie zouden voorzien, en met zoveel woorden de aandacht zouden vestigen op de mogelijkheid van een restschuld.

- 4.14 Onder deze omstandigheden brengt de aard van het aangeboden product mee dat de op Aangeslotene rustende zorgplicht zich uitstrekt tot de precontractuele fase. Aangeslotene was gehouden het door haarzelf opgestelde informatiemateriaal – brochures, aanvraagformulieren en (concept)formulieren van overeenkomsten met de daarbij behorende (algemene) voorwaarden – zodanig op te stellen dat degene die overwoog een overeenkomst als de onderhavige aan te gaan in dat informatiemateriaal de nadrukkelijke en onverbloemde waarschuwing aantrof, in bewoordingen die voor een breed en ondeskundig publiek begrijpelijk zijn, dat, afhankelijk van de ontwikkelingen op de effectenmarkten, na afloop van de overeenkomst niet alleen de investering in het product (de aflossing van de lening en de daarover verschuldigde rente) verloren kon gaan, maar in het ongunstigste geval een bijbetalingsverplichting kon resteren. Alleen op grond van die nadrukkelijke waarschuwing had de geïnteresseerde consument naar behoren kunnen nagaan of het effectenleaseproduct in overeenstemming was met zijn mogelijkheden en verwachtingen, en een deugdelijke afweging kunnen maken tussen het effectenleaseproduct en andere financiële producten, waaronder spaarvormen.
- 4.15 Het is de Commissie niet gebleken dat Aangeslotene aan deze verplichting tot nadrukkelijk wijzen op de mogelijkheid van een restschuld heeft voldaan. In de Overeenkomst is weliswaar vermeld dat geld wordt geleend waarmee effecten worden gekocht en is gestipuleerd dat een eventueel tekort door Consument moet worden aangezuiverd, maar de nadrukkelijke, onverbloemde en in niet mis te verstane bewoordingen gestelde waarschuwing dat daadwerkelijk rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid van een bijbetalingsverplichting is in de overeenkomsten niet te vinden. Evenmin is gebleken dat Consument die waarschuwing heeft kunnen vinden in het overige materiaal dat Aangeslotene Consument voor het tekenen van de Overeenkomst ter beschikking heeft gesteld, of dat Aangeslotene zich ervan heeft vergewist dat Consument zich bewust was van het risico van een restschuld.
- 4.16 De Commissie stelt op grond van het vorenstaande vast dat Aangeslotene bij het aanbieden van de Overeenkomst niet aan haar zorgplicht heeft voldaan en jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten. In dit oordeel ligt besloten dat de Commissie niet aanvaardt dat Aangeslotene haar aansprakelijkheid ontgaat met de stelling dat het optreden van een tussenpersoon meebrengt dat de zorg voor adequate informatieverstrekking aangaande de risico's van het effectenleaseproduct op die tussenpersoon is komen te rusten. Die stelling doet geen recht aan de reikwijdte van de op Aangeslotene rustende zorgplicht bij het aanbieden van een product waaraan de hiervoor omschreven risico's zijn verbonden.
- 4.17 Met betrekking tot de omvang van de daaruit voortvloeiende verplichting tot vergoeding van de door Consument gestelde schade volgt uit de hierboven genoemde arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009 dat Aangeslotene in beginsel een gedeelte van de restschuld voor haar rekening dient te nemen en dat de door de klant betaalde rente niet voor vergoeding in aanmerking komt, tenzij bij het aangaan van de Overeenkomst kon worden vastgesteld dat deze naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware last op Consument zouden leggen. Het antwoord op de vraag of Aangeslotene had behoren vast te stellen dat de Overeenkomst naar redelijke verwachting zo een onaanvaardbaar zware last op Consument zou leggen, dient te worden gegeven met inachtneming van de

berekening die is omschreven in het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 en NJ 2012/184.

Feiten en omstandigheden die volgens die berekening op een onaanvaardbaar zware last als hier bedoeld zouden kunnen wijzen zijn door Consument niet gesteld, ofschoon in de bovengenoemde brief van de voorzitter van de Geschillencommissie nadrukkelijk is vermeld dat het op de weg van Consument ligt om zulke feiten en omstandigheden naar voren te brengen.

- 4.18 Voor zover Consument heeft gesteld dat het hierboven omschreven tekortschieten van Aangeslotene meebrengt dat op Consument geen enkele onderzoeksplicht (meer) rustte, zodat de schade volledig aan dat tekortschieten moet worden toegerekend, wordt die stelling verworpen. Uit de rechtspraak kan niet in algemene zin worden afgeleid dat tekortschietende informatieverstrekking aan de kant van de aanbieder van een product of dienst steeds, ongeacht de bijzondere omstandigheden van het geval, meebrengt dat de consument zich op de hem gegeven, ondeugdelijke of onvolledige informatie kan beroepen zonder nog tot enige vorm van eigen onderzoek gehouden te zijn. In dit geval moet in aanmerking worden genomen dat Consument pas door het retourneren van het ondertekende contract te kennen gaf dat hij het aanbod tot aangaan van de overeenkomsten wenste te aanvaarden. Hij was dus vóór dat moment in de gelegenheid het door Aangeslotene ter beschikking gestelde contractsformulier te bestuderen. Door retourzending van de ondertekende Overeenkomst achterwege te laten, had Consument daarvan af kunnen zien. Naar het oordeel van de Commissie moet het Consument bij nauwkeurige kennisneming van het contractsformulier duidelijk zijn geworden dat er een restschuld kon resteren. Daarin is immers vermeld dat sprake is van een geldlening die na verkoop van de geleaste effecten moet worden terugbetaald. De Commissie beschouwt als feit van algemene bekendheid dat de waarde van effecten wordt bepaald door koersontwikkelingen, terwijl die koersontwikkelingen een mate van onzekerheid aankleeft. Consument moet derhalve worden verweten dat hij de Overeenkomst is aangegaan zonder zich te verdiepen in, en zo nodig te informeren naar, de precieze aard en potentiële risico's het onderhavige beleggingsproduct.
- 4.19 Tussen partijen staat vast dat de restschuld tot op heden onbetaald is gebleven. Uit de hiervoor genoemde uitspraken van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening volgt dat Aangeslotene nog slechts aanspraak zou kunnen maken op betaling van 40% van die restschuld. Van een op Aangeslotene rustende verplichting tot betaling van enig bedrag ter vergoeding van door Consument geleden schade kan derhalve geen sprake zijn. Dit betekent dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.
- 4.20 Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie wijst bij bindend advies de vordering van Consument af.