

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-004 d.d.
6 januari 2015**

(mr. J. Wortel, voorzitter 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. De mededeling in de overeenkomst dat het beleggingsproduct is aangeboden in samenwerking tussen Aangeslotene en de tussenpersoon brengt zonder bijkomende omstandigheden, waaromtrent Consument niets heeft gesteld, niet mee dat Aangeslotene in verdergaande mate aansprakelijk is voor de gevolgen van de overeenkomst dan zonder een dergelijke samenwerking het geval zou zijn. 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. Procedure

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 bijlagen, ontvangen op 4 juli 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument van 18 februari 2014;
- het e-mailbericht van Aangeslotene van 21 februari 2014;
- het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument van 21 februari 2014;
- het e-mailbericht van Aangeslotene van 25 februari 2014; en
- het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument van 27 februari 2014.

De Commissie betreft in de beoordeling tevens hetgeen partijen naar aanleiding van de hierna te noemen brief van de voorzitter van de Commissie 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. De Commissie heeft vastgesteld 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 op 10 mei 2002 met de rechtsvoorganger van Aangeslotene twee overeenkomsten (met contractnummers [..1..] en [..2..]) gesloten van het effectenleaseproduct “Insurance 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 (€ 14.000 in totaal) in het Levob Europees Aandelen Fonds;
 - Aangeslotene leent dit bedrag aan Consument tegen een maandelijks achteraf te betalen rente die effectief 11% per jaar bedraagt;
 - de Overeenkomst heeft een looptijd van vijf jaar, waarna - behalve in geval van een verzoek tot beëindiging - stilzwijgend wordt verlengd voor een periode van vijftien jaar met iedere dag een mogelijkheid tot opzegging vanaf de eerste dag van het zesde jaar. De rente is vanaf de eerste dag van het zesde jaar variabel;
 - indien de Consument na vijf jaar aangeeft niet te willen verlengen of de Overeenkomst in de vijftien jaar daarna opzegt, verkoopt Aangeslotene de effecten in het fonds waarna zij de opbrengst van die verkoop - onder aftrek van 1% verkoopkosten - gebruikt ter aflossing van de uitstaande lening. Een daarna resterend surplus keer zij aan Consument uit, terwijl een eventueel resterend tekort door Consument binnen veertien dagen moet worden aangezuiverd;
 - ingeval op de aandelen dividenden beschikbaar worden gesteld, worden deze aan het voor de aangekochte effecten gesepareerde beleggingsdepot van Consument toegevoegd.
- 2.2 Aangeslotene is een intermediairmaatschappij en de verkoop van haar producten verloopt via tussenpersonen. In het geval van Consument was dat Spaar Select Zwolle B.V. (hierna: “Spaar Select Zwolle”). Door tussenkomst van Spaar Select Zwolle heeft Consument een aanvraagformulier voor de Overeenkomst ondertekend.
- 2.3 Na afloop van de vaste looptijd van vijf jaar is de Overeenkomst (stilzwijgend) verlengd. In mei 2012 is de Overeenkomst beëindigd en zijn de effecten in het fonds verkocht.
- 2.4 Aangeslotene heeft Consument vervolgens op 4 juni 2012 een eindafrekening gezonden inzake de beëindiging van de Overeenkomst. Blijkens dit overzicht bedroeg de netto opbrengst per contract € 5.377,55. De restschuld per contract bedroeg € 1.622,45 derhalve totaal € 3.244,90. Aangeslotene heeft Consument verzocht de totale restschuld per omgaande te voldoen. Consument heeft de restschuld niet voldaan.
- 2.5 Bij e-mailbericht van 6 augustus 2012 heeft Consument zich bij Aangeslotene beklaagd over de Overeenkomst.

2.6 Aangeslotene heeft Consument in augustus 2012 eerst een aanbod gedaan tot kwijtschelding van de restschuld en vervolgens een aanbod gedaan tot vergoeding van een bedrag dat volgens haar is berekend overeenkomstig de in eerdere uitspraken van de Commissie gehanteerde berekeningswijze. Over de berekening van dit bedrag is in februari 2014 uitgebreid door partijen gecorrespondeerd, waarna de gemachtigde van Consument de Commissie heeft verzocht door te gaan met de geschilprocedure.

3. Vordering, klacht en verweer

3.1 Consument vordert, naar de Commissie begrijpt, vernietiging van de Overeenkomst en vergoeding van zijn schade door ongedaanmaking van het verlies dat hij op de Overeenkomst heeft geleden. Deze schade betreft de inleg (door Consument begroot op € 12.658,94), de wettelijke rente vanaf datum inleg en de juridische kosten. Bij brief van 10 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, 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 een spaarconstructie voorgespiegeld met gegarandeerde hoge opbrengst. In de veronderstelling te sparen, heeft Consument de Overeenkomst gesloten. 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.
- Consument stelt dat sprake was van een contractuele verbondenheid tussen de tussenpersoon en Aangeslotene waardoor Aangeslotene ook om die reden aansprakelijk is voor de gedragingen van de tussenpersoon.
- Consument verwijt Aangeslotene tot slot dat zij heeft verzuimd haar te wijzen op haar interne klachtenregeling en de mogelijkheid de klacht voor te leggen aan Kifid.

3.3 Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd besproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1 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) beoordelingen 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 gedoeld 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).

- 4.2 De Commissie acht zich gehouden dit rechtsoordeel van zijn appelinstantie te volgen. Bij brief van 17 juli 2014 heeft de voorzitter van de Commissie 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.
- 4.3 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 en 4.5.4. Bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen voeren zijn niet, dan wel onvoldoende 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.
- 4.4 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.
- 4.5 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)betalingsverplichtingen 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)betalingsverplichtingen kunnen voortvloeien.
- 4.6 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 Overeenkomst aangegane schuld af te lossen. Bovendien heeft Aangeslotene de onderhavige

Overeenkomst 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.

- 4.7 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 Overeenkomst met de daarbij behorende (algemene) voorwaarden - zodanig op te stellen dat degene die overwoog de 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 resterende. 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.
- 4.8 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 Overeenkomst 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.
- 4.9 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.
- 4.10 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 de Overeenkomst naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware

last op Consument zou 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 Commissie nadrukkelijk is vermeld dat het op de weg van Consument ligt om zulke feiten en omstandigheden naar voren te brengen.

- 4.11 Zonder bijkomende omstandigheden, waaromtrent Consument niets heeft gesteld, brengt de mededeling in de Overeenkomst dat het onderhavige beleggingsproduct is aangeboden in samenwerking tussen Aangeslotene en de tussenpersoon niet mee dat Aangeslotene in verdergaande mate aansprakelijk is voor de gevolgen van de overeenkomst dan zonder een dergelijke samenwerking het geval zou zijn.
- 4.12 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.
- 4.13 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.

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 www.kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht-1/4#stappen-plan.