Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-11 d.d. 7 januari 2014
(mr. J. Wortel, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en J.C. Buiter, leden en mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

Betreft een aandelenleaseproduct. Zo dat al aan het oordeel van de Commissie zou zijn onderworpen, kan het beroep op artikel 1:88 BW van Consument op vernietiging niet slagen reeds omdat vast is komen te staan dat de partner van Consument de overeenkomst mede heeft ondertekend. 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 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, hierna te noemen Aangeslotene.

1. 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 klachtformulier met bijlage, ontvangen op 7 augustus 2012;
- de brieven van de gemachtigde van Consument van 9 oktober 2012 en 7 maart 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
De Commissie heeft vastgesteld dat het geschil zich leent voor schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37 van haar Reglement.

2. Feiten

2.1. Consument heeft een aanvraagformulier voor het effectenleaseproduct Rendements Vliegwiel (hierna te noemen: het product) ondertekend. Aangeslotene heeft

vervolgens een op 14 januari 2002 gedateerde overeenkomst aan Consument toegezonden. Consument en haar echtgenoot hebben deze overeenkomst ondertekend en geretourneerd waarmee de overeenkomst tot stand is gekomen. De overeenkomst is bij Aangeslotene geadministreerd onder contractnummer [..1..]. Het product heeft onder meer de volgende in de overeenkomst vermelde kenmerken:

- Consument neemt van Aangeslotene in lease pakketten aandelen in een vijftal AEX genoteerde fondsen met een totale aanschafwaarde (de hoofdsom) van € 16.271,90.
- Het product wordt aangegaan voor een vaste periode van 120 maanden te rekenen vanaf de aankoopdag van de aandelen.
- Aangeslotene brengt rente in rekening op basis van 10,00% per jaar (10,47% effectief per jaar, maandelijks achteraf te betalen) hetwelk neerkomt op een bedrag van in totaal € 16.270,80.
- Aangeslotene brengt voorts toekomstige administratiekosten (€ 4,50 per maand, in totaal € 540,- in rekening.
- De totaal overeengekomen leasesom bedraagt derhalve € 33.082,70.
- Behalve de maandelijkse administratiekosten wordt over de hoofdsom gedurende 120 maanden uitsluitend rente betaald, per maand € 140,09.
- De hoofdsom wordt in twee termijnen terugbetaald: een bedrag van € 50,-, uiterlijk op de 15^{e} dag van de 119^{e} maand van de leaseperiode, het restant ten bedrage van € 16.221,90 dient bij afloop van de overeenkomst te worden betaald en kan verrekend worden met de verkoopopbrengst van de aandelen.
- 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.
- Aan het eind van de overeenkomst, nadat Consument aan al haar verplichtingen heeft voldaan, zal Aangeslotene de aandelen voor Consument verkopen onder verrekening van de restant hoofdsom.

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 bureau heeft Consument het voornoemde aanvraagformulier voor het product ondertekend.

2.3. Aangeslotene is op 14 januari 2002 overgegaan tot de aankoop van de aandelen. De contractuele looptijd is op 16 januari 2012 afgelopen.

2.4. Bij brief van 25 oktober 2010 heeft Consument Aangeslotene verzocht de overeenkomst te beëindigen per 1 december 2010. Tot dat moment heeft Consument de maandtermijnen voldaan voor een totaalbedrag van € 14.849,54. Hierna is Consument gestopt met de betaling van de maandtermijn. Bij brief van 1 november 2010 heeft Aangeslotene op het verzoek van Consument gereageerd door te verwijzen naar een eerder op 13 oktober 2010 door Aangeslotene gedane voorstel voor tussentijdse beëindiging van de overeenkomst. Consument heeft dit voorstel niet aanvaard.

2.5. De echtgenoot van Consument heeft met een brief van 4 april 2012 ingevolge artikel 1:89 BW de nietigheid ingeroepen van de overeenkomst.

2.6. Bij brief van 5 oktober 2012 heeft Aangeslotene Consument een voorstel toegezonden om coulance een bedrag van € 7.025,- aan Consument te vergoeden. Consument heeft dit voorstel niet geaccepteerd.

2.7. Gedurende de looptijd van het contract heeft Consument een bedrag van € 3.141,23 aan dividend ontvangen.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert, naar de Commissie begrijpt, vergoeding van haar schade door ongedaanmaking van het verlies dat zij op de overeenkomst heeft geleden. Deze schade betreft de inleg (begroot op € 14.849,54), de juridische kosten (onder verwijzing naar een eerdere uitspraak van de Commissie begroot op zeven punten van het liquidatietarief) en de wettelijke rente vanaf de datum van de eerste klacht.

3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
Er is rechtsgeldig de vernietiging ingeroepen van de overeenkomst op grond van artikel 1:88 BW.
Consument betoogt voorts dat aan het tekortschieten van Aangeslotene is te wijten dat zij bij het aangaan van de overeenkomst heeft gedwaald, althans de overeenkomst is tot stand 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 overeenkomst moet worden vernietigd.
In ieder geval heeft Aangeslotene bij het aanbieden van het product en het afsluiten van de overeenkomst haar zorg- en informatieplicht verzaakt zodat zij jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld en de door Consument geleden schade moet vergoeden, aldus Consument.

3.3. Op de stellingen die Aangeslotene tot verweer heeft opgeworpen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

4.1.1. Voor zover Aangeslotene in deze zaak al verweer heeft gevoerd dat de klachten van Consument ten aanzien van dwaling, misleiding, schending van de zorgplicht en overtreding van de Colportagewet niet eerst schriftelijk aan Aangeslotene zijn voorgelegd en derhalve ingevolge artikel 13.1 van het Reglement Ombudsman &

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening niet door de Commissie in behandeling genomen kunnen worden, overweegt de Commissie dat die in het verweer bedoelde stellingen van Consument redelijkerwijs zijn aan te merken als meer specifieke uitwerkingen van de aan Aangeslotene voorgelegde klacht waardoor de grondslag van de klacht niet is gewijzigd. Daarom treft dit verweer geen doel.

4.1.2 Ten aanzien van het in het kader van de overeenkomst gedane beroep van Consument op artikel 1:88 BW overweegt de Commissie als volgt. Zo dat al aan het oordeel van de Commissie zou zijn onderworpen, kan het beroep op vernietiging niet slagen reeds omdat vast is komen te staan dat de partner van Consument in onderhavige klacht wel degelijk de overeenkomst als echtgenoot mede heeft ondertekend. Bovendien geldt in zijn algemeenheid voor een dergelijke 1:88 BW-klacht dat deze niet ziet op de rechtsbetrekking tussen de zich bij de Commissie beklagende Consument en de betrokken financieel dienstverlener en om die reden buiten behandeling moeten blijven. Daar komt nog bij dat een dergelijk beroep op nietigheid in verband met het bepaalde in art. 1:88 BW naar het oordeel van de Commissie te ver verwijderd is van het begrip "financiële dienst" in de zin van artikel 1 van voornoemd Reglement zodat de Commissie een zodanige klacht ook om die reden niet in behandeling kan nemen.

4.1.3. Aangeslotene heeft een beroep gedaan op verjaring (ingevolge artikel 3:310 BW) van de vordering. Dit beroep wordt door de Commissie verworpen omdat uit hetgeen Aangeslotene heeft aangevoerd niet volgt dat er meer dan vijf jaren zijn verstreken tussen het moment waarop de klacht is ingediend en het moment waarop Consument redelijkerwijs op de hoogte is geraakt niet alleen van de omstandigheid dat zij schade leed, maar ook van de omstandigheid dat zij Aangeslotene daarvoor aansprakelijk kon stellen.

4.2.1. Bij de beoordeling van deze klacht staat voorop dat Aangeslotene bij het aanbieden en uitvoeren van de overeenkomst is opgetreden als effecteninstelling. 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 het 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.
- Aan beleggen met geleend geld zijn risico's verbonden. Er is in het algemeen de mogelijkheid dat geleaste aandelen bij verkoop te weinig opbrengen om de lening in te lossen, zodat een restschuld blijft bestaan.
- De aandelenleaseconstructie kent evenwel nog een ander 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 ervan bewust te zijn dat de aandelen onvoldoende zouden kunnen stijgen om Consument in staat te stellen haar schuld aan Aangeslotene af te lossen. En Aangeslotene behoorde zich zeker rekenschap te geven van de alleszins aanwezige kans dat de koersstijging ontoereikend zou blijken om Consument haar volledige investering terug te bezorgen, laat staan haar 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 aantrof, in bewoordingen die voor een breed en ondeskundig publiek begrijpelijk zijn, dat, afhankelijk van de ontwikkeling op de effectenmarkten, na afloop van de overeenkomst niet alleen een (bij)betalingsverplichting kon resteren, maar bovendien 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 uitstrekte 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 Consument pakketten aandelen in lease neemt 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 in opgenomen dat bij een negatieve uitkomst van deze verrekening Consument het gebleken tekort aan Aangeslotene dient te voldoen maar een nadrukkelijke - in niet mis te verstane bewoordingen gestelde - waarschuwing als hiervoor bedoeld is in de overeenkomst niet te vinden. Niet is 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 zij zich door tekortschietende voorlichting van Aangeslotene geen rekenschap heeft gegeven van het risico dat zij maximaal zou lopen, terwijl dit gebrekkig inzicht niet tijdig is gecorrigeerd doordat Aangeslotene heeft nagelaten te verifiëren of Consument goed begreep welk verlies zij in het slechtste geval zou lijden.

4.2.8. Voorts is niet gebleken van enig concreet onderzoek naar de mate waarin Consument in staat zou zijn de financiële gevolgen te dragen van een contract dat onverhoopt zwaar verliesgevend zou aflopen. Aangeslotene heeft slechts bij gebrek aan wetenschap betwist dat het inkomen en de vermogenspositie het aangaan van de overeenkomst in redelijkheid niet zou toelaten en gesteld dat Consument de

maandtermijnen zonder problemen heeft kunnen voldoen. Daarmee heeft Aangeslotene zich de kans ontnomen haar (toekomstige) cliënten te behoeden voor financiële risico's die hun financiële mogelijkheden te boven gingen. Gecombineerd met de reeds hiervoor besproken constatering dat Aangeslotene Consument onvoldoende heeft geïnformeerd omtrent de aan het product verbonden risico's - zodat Consument die risico-inschatting ook niet zelf heeft kunnen maken - is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene ook in dit opzicht tekortgeschoten is in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht.

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-, vergewissings- en onderzoeksverplichtingen, 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 zij zich ervan rekenschap had gegeven dat zij onder de hiervoor aangegeven omstandigheid niet alleen geconfronteerd kon worden met een bijbetalingsverplichting, maar ook een reëel risico liep haar gehele investering te verspelen. Het nadeel dat zij 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. Pas door het retourneren van het ondertekende contract gaf zij te kennen dat zij het aanbod tot aangaan van de overeenkomst wenste te aanvaarden. Zij 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. Door retourzending van de ondertekende overeenkomst achterwege te laten, had Consument daar dus van af kunnen zien. 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, rentebedrag en administratiekosten en van de verplichting om een eventueel tekort na verkoop van de aandelen aan te zuiveren. Zij kon erin vinden dat de overeenkomst mede de aanschaf en op termijn de verkoop van aandelen 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 zij, 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 zij bij nauwlettende bestudering van het door haar 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 haar stellingen dat zij bij het aangaan van de overeenkomst heeft gedwaald, of dat de overeenkomst aantastbaar is wegens misleiding. Evenmin volgt de Commissie Consument in haar 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 zij daartoe de gelegenheid heeft gekregen - nagelaten in voldoende mate te onderbouwen waarom haar 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 formule 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 zij bij een zorgvuldige besluitvorming had kunnen beseffen dat een geldlening met een rentelast en een terugbetalingsverplichting 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 haar geleden schade en dat zij 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 haar 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 4 april 2012 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 1 punt 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 € 250,-, 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 25 oktober 2010 tot de dag van algehele voldoening. De Commissie bepaalt daarbij dat Consument jegens Aangeslotene geen enkele aanspraak op (enige opbrengst uit) de geleaste aandelen meer kan maken. Het door Aangeslotene te betalen bedrag wordt vermeerderd met een bijdrage in de kosten van rechtsbijstand van € 250,- 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.