

BESLISMODULES IN AANDELENLEASE PROCEDURES

Verantwoording

Een referentiekader bij de beoordeling van aandelen-leasezaken om de rechtseenheid te bevorderen.

© samenstelling :

J.R. Branbergen

F. van der Hoek

H.M. de Jong Schouwenburg

C.L.J.M. de Waal

A.A.J. Wissink (secr.)

Onder verantwoordelijkheid van de Dexia-werkgroep van de rechtbank te Amsterdam:

C. M. Weverink- Berkhout (vz.)

T. van Andel, A.F. van der Heide (secr.)

A.A.J. Wissink (secr.)

J.R. Branbergen

F. van der Hoek

H. M. de Jong Schouwenburg

C. von Meyenfeldt

C.L.J.M. de Waal

Opmerkingen, aanvullingen, correcties etc. zijn zeer welkom op het volgende adres:

A.a.j.wissink@amsarr.drp.minjus.nl

Verantwoording.....	1
1. Inleiding.....	2
2. (Toelichting op) de beslismodules	3
A. Vaststelling van de feiten.....	3
B. Huurkoop.....	3
C. Art. 1:88/89 BW.....	3
D. Wet op het Consumentenkrediet (Wck).....	4
E. Wetsontwerp financiële dienstverlening.....	5
F. Misleidende reclame.....	5
G. Zorgplicht.....	6
G I. De verbindendheid van de Nadere Regeling Toezicht Effectenverkeer (NR).....	6
G II. Het "know-your-customer-principe".....	7
G III. De informatieverplichting.....	8
G IV. Marginbewaking.....	8
G V. Spreiding van de effecten.....	9
G VI. Aan- en verkoopkoersen.....	9
G VII. Depotconstructies.....	9
H. Ontbinding van de overeenkomst.....	10
A.A. Reconventionele vordering van de afnemer.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
B.B. Minderjarigheid.....	11
C.C. Tussenpersonen.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
3. Overwegingen omtrent de verdeling van de schade.....	12
A. Nietigheid van de overeenkomst en de werking van de art. 6:278 en 3:53 BW.....	12
B. Toepassing van art. 6:248 lid 2 BW.....	14

1. Inleiding

Het overleg van de civiele- en kantonsectoren van de rechtbanken (LOVC en LOK) heeft met steun van de Raad voor de Rechtspraak op 13 augustus 2004 een Plan van Aanpak gepubliceerd om de wassende stroom aandelenlease-zaken het hoofd te bieden. De Amsterdamse rechtbank neemt deel aan het Plan en maakt met een rechter uit de kantonsector en de civiele sector deel uit van de inmiddels ingestelde werkgroep van de rechtbanken (niet: de hoven) van het hofressort Amsterdam. Ter ondersteuning van die afvaardiging heeft de Amsterdamse rechtbank een zg. Dexia-werkgroep gevormd, bestaande uit vertegenwoordigers van de kanton- en de civiele sector.

De Dexia-werkgroep heeft - ook volgens het Plan van Aanpak - een aantal standaard-overwegingen geformuleerd over veel voorkomende stellingen en verweren. De overwegingen zijn voorgelegd aan de rechtbanken in het Amsterdamse hofressort, maar ook rechters in het Haagse hofressort hebben een grondig commentaar geleverd. De commentaren op eerdere versies van de beslismodules zijn grotendeels in deze notitie verwerkt. De Amsterdamse Dexia-werkgroep neemt de tekst thans voor zijn verantwoording. Dat doet niets af aan de grote inzet van rechters en secretarissen elders.

Het **doel** van de beslismodules is om rechters en secretarissen een referentiekader te bieden bij de beoordeling van aandelenlease-zaken en om de rechtseenheid te bevorderen. In de eerste plaats wordt gepoogd om een beeld te geven van de actuele inzichten over de materie, zoals te vinden in jurisprudentie en rapporten.

In de tweede plaats worden teksten aangeleverd, die in vonnissen gebruikt kunnen worden en tijd kunnen besparen. De notitie wordt ook digitaal aangeleverd, zodat tekstblokken desgewenst overgenomen kunnen worden.

In de derde plaats worden overwegingen gegeven voor de bepaling van de verdeling van financiële schade, als dat aan de orde is.

De **basis** van deze notitie ligt in actuele jurisprudentie en in enkele notities en rapporten, zoals die van Van Leeuwen & Kerssies d.d. 16 augustus 2004, het rapport van de Commissie-Oosting d.d. 13 juli 2004 en de Effectenlease-special d.d. 14 augustus 2004 van de NJF.

Na de versie van 17 december 2004 heeft de Commissie van Beroep DSI op 27 januari 2005 (KCHB nr. 91, JOR 2005, 67 m.nt. C.W.M. Lieverse) een belangrijke beslissing gegeven. Het Hof Den Bosch (LJN: AS 4448) heeft als eerste een arrest gewezen over de materie van art. 1.88 BW. De commissie Duisenberg heeft een bemiddelingspogingen afgerond met de stichting Eegalease en met de stichtingen Leaseleed en Leaseverdriet, die (op dit moment nog) niet door de meerderheid van de aangeslotenen is aanvaard. Geprobeerd is om de grote lijnen in de rechtspraak samen te vatten; er zijn ook afwijkende uitspraken te vinden.

Naast de voordelen hebben de beslismodules ook evidente **beperkingen**.

Ten eerste staat de rechterlijke autonomie natuurlijk voorop. De onderstaande teksten zijn tot stand gekomen op basis van de discussies onder de voormelde collega's, maar iedere rechter kan andere uitgangspunten kiezen en de casuïstiek kan reden geven voor specifieke beslissingen. Voorts dient bij het gebruik van de modules uiteraard steeds bekeken te worden of partijen de relevante stellingen hebben aangevoerd of dat die daarin gelezen kunnen worden.

Ten tweede is deze notitie gebaseerd op de huidige stand van de rechtspraak, die vrijwel alleen uitspraken van lagere rechters betreft. In beroep of cassatie kunnen andere richtinggevende oordelen worden gegeven, maar ook in de lagere rechtspraak kunnen zich

voortschrijdende inzichten voordoen. Het is de bedoeling van de Amsterdamse Dexia-werkgroep om de jurisprudentie te blijven volgen en om relevante ontwikkelingen in de beslismodule op te nemen, na overleg met de betrokken collega's.

De betekenis van de beslismodules is zowel ruim als beperkt. Ruim, omdat er veel collega's aan meegewerkt hebben. Beperkt, omdat het uitdrukkelijk niet de bedoeling is om aan rechters bindende voorschriften te geven. Eén en ander brengt met zich mee dat de modules alleen **voor intern gebruik** door rechters en secretarissen bestemd zijn.

2. (Toelichting op) de beslismodules

A. Vaststelling van de feiten

De uiteenlopende aanbieders hebben ca. 300 verschillende aandelenlease-producten verkocht. Omdat de Winstverdriedubbelaar van Labouchere/Dexia in veel procedures voorkomt, zijn de belangrijkste elementen van dat contract in het onderstaande tekstblok opgenomen.

Zie bijlage A: feiten uit Rb Utrecht 28-1-2004, niet in NJF, (LJN-nummer: AO2910)

De tekst van de advertentie van de Winstverdriedubbelaar staat in Rb. Amsterdam 7-7-2004, LJN-nummer: AP8458, maar let op: er zijn verschillende advertentieteksten in omloop.

B. Huurkoop

De lagere rechtspraak heeft inmiddels in grote meerderheid aangenomen dat aandelenlease-contracten als de Winstverdriedubbelaar onder de wettelijke huurkoopregeling vallen. Belangrijkste voorwaarden zijn wel dat het een contract betreft met termijnbetalingen en dat sprake is van aflevering in de zin van art. 7A:1576 BW. Depotconstructies (zie G VII) vallen niet onder de regeling. De standaardoverweging kan zijn:

Met betrekking tot de vraag of de WinstVerDrieDubbeelaar is aan te merken als een huurkoopovereenkomst overweegt de kantonrechter dat de overeenkomst voldoet aan de wettelijke definitie van huurkoop in art. 7A:1576h juncto 1576 BW. Voor de motivering van dit oordeel verwijst de kantonrechter naar het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 14 april 2004, NJF 2004, 409, welke overwegingen de kantonrechter hier overneemt en tot de zijne/hare maakt. Kort samengevat is de kantonrechter van oordeel dat huurkoop op de voet van de art. 7:47 en 7A:1576 lid 5 BW betrekking kan hebben op vermogensrechten. Voorts voldoet de lease-overeenkomst aan de essentialia van huurkoop, althans heeft hij deze strekking. Dexia heeft zich verbonden om de aandelen te leveren en die - onder opschortende voorwaarde van volledige betaling - in eigendom over te dragen. Voorts voorzag de overeenkomst in betaling in twee of meer termijnen, waarbij niet relevant is of dat aflossingen of rentebetalingen betreft.

Het ligt in de bedoeling om een lijst te maken van de thans bekende contracten met hun kwalificaties. Daarvoor lijkt het nu nog te vroeg, gelet op de stand van zaken in de lagere rechtspraak en het ontbreken van hogere jurisprudentie.

C. Art. 1:88/89 BW

De Amsterdamse rechtbank heeft zich ten aanzien van de materie van het "meetekenen" van echtgenoten en geregistreeerde partners geschaard achter het vonnis van 25 augustus 2004 van de kantonrechter te Amsterdam, die zich weer heeft gebaseerd op het advies d.d. 24 februari 2004 van de mrs. Brunner en Roelvink aan de Commissie-Oosting. De

standaardoverweging kan zijn:

De vraag of art. 1:88 lid 1 onder d BW van toepassing is op de onderhavige aandelenlease-overeenkomst is bevestigend beantwoord in rov. 9 van het vonnis van 25 augustus 2004 van de kantonrechter te Amsterdam, rolnummer 03-5323, op www.rechtspraak.nl te vinden onder LJN AQ 7412. De overwegingen in dat vonnis worden hier overgenomen en bevestigd. Er is geen aanleiding om in de onderhavige zaak tot een ander oordeel te komen. De beschermingsfunctie van het toestemmingsvereiste dient van toepassing te zijn op de gehele wettelijke regeling van de koop op afbetaling, met inbegrip van de in art. 7A:1576 lid 5 BW bedoelde vermogensrechten zoals die van de onderhavige aandelen.

Als de voorkeur uitgaat naar een volledig citaat:

Zie Bijlage B: rov. 9 van het vonnis.

Dexia heeft gesteld dat de toestemming niet alleen schriftelijk, maar ook mondeling gegeven kan worden. De Dexia-werkgroep meent dat die stelling niet gevolgd moet worden, gelet op het vereiste in art. 7A:1576i BW dat de huurkoop schriftelijk moet zijn aangegaan. De standaardoverweging kan zijn:

Dexia heeft betoogd dat blijkens het bepaalde in artikel 7A:1576j lid 3 BW de schriftelijke vorm voor huurkooptransacties niet is voorgeschreven, zodat voor de partner van de contractant niet het schriftelijke vormvereiste geldt. Het ontbreken van een akte zou niet de geldigheid van de transactie raken, maar slechts het eigendomsvoorbehoud buiten werking stellen. Dat betoog wordt niet gevolgd. Partijen beoogden bij de totstandkoming van de transactie een overeenkomst aan te gaan, die voldeed aan de definitie van huurkoop en waarvoor de schriftelijke vorm is voorgeschreven. Daaruit volgt dat de thans ingeroepen bescherming van de partner, gelegen in het vereiste van zijn schriftelijke toestemming, in werking is getreden.

De nietigheid ex art. 1:88 BW dient op straffe van verjaring op grond van art. 3:52 lid 1 sub d BW binnen drie jaar door de partner te worden ingeroepen. De termijn gaat lopen vanaf het moment dat de vernietigingsgrond aan de rechthebbende ten dienste is komen te staan, hetgeen zal inhouden het moment waarop de echtgenoot geacht wordt op de hoogte te zijn van het bestaan van de overeenkomst.

NB: op grond van art. 3:51 lid 3 BW is een verwerend beroep (dus in rechte gedaan) door de afnemer op een reeds binnen de verjaringstermijn door de andere echtgenoot ingeroepen vernietiging te allen tijde mogelijk: de verjaringsregeling van art. 3:52 BW is niet van toepassing.

Omtrent de gevolgen van de nietigheid: zie hoofdstuk 3 (schadeverdeling).

D. Wet op het Consumentenkrediet (Wck)

De Amsterdamse Dexia-werkgroep schaarde zich achter het vonnis van 14 juli 2004 van de Rb. Arnhem, NJF 2004, 418, JOR 2004, 240, waarin bij wijze van voorlopig oordeel is beslist dat aandelenlease aan particulieren is aan te merken als kredietverlening in de zin van de Wck. Dat oordeel strookt met de door de wetgever gewenste bescherming van de consument. De wettelijke definitie van een krediettransactie is, rekening houdende met de Europese richtlijn 87/102/EEG, voldoende ruim geformuleerd. Het andersluidende standpunt van de minister in de Tweede Kamer doet daaraan niet af, evenmin als het feit dat krachtens de Wck het belenen van ter beurze genoteerde effecten buiten de werking van de wet valt, nu dat belenen niet de kern van de overeenkomst is. Veel gepubliceerde jurisprudentie is er

echter nog niet. De verschillende visies op de materie zijn verwoord in de uitgebreide noot van mr. C.W.M. Lieveerse onder het voormelde vonnis (waarvan beroep is ingesteld) in JOR 2004, 240. Volgens Lieveerse beschikten Legio Lease en Bank Labouchere destijds niet over een Wck-vergunning.

Indien de lease-overeenkomsten niet voldoen aan de voorwaarden van de Wck (waaronder: heeft de aanbieder een vergunning; blijven de rentevergoedingen binnen de wettelijke maxima, is het leenbedrag exclusief rente onder €40.000,00 gebleven?), zijn zij nietig (of mogelijk vernietigbaar o.g.v. art. 3:40 lid 2 BW), voorzover zij de rentebetalingen betreffen. Over de omvang van de ongedaanmakingsverplichting kan verschillend worden gedacht. In het geval dat art. 6:248 BW buiten beschouwing blijft, kan de standaardoverweging zijn:

Het beroep van X op de vernietigbaarheid van de overeenkomst op grond van strijd met de Wck slaagt, nu ten aanzien van (...het product.) niet wordt voldaan aan de eisen van de Wck.

Omtrent de gevolgen van de nietigheid: zie hoofdstuk 3 (schadeverdeling).

E. Wetsontwerp financiële dienstverlening

Het wetsontwerp beoogt aandelenlease onder zijn werking te brengen. Het is nog niet aangenomen en gold dus ook niet ten tijde van het afsluiten van de aandelenlease-contracten waarover wordt geprocedeerd. Een beroep op anticiperende werking zou afgewezen moeten worden, mede nu er destijds andere geschreven zorgvuldigheidsnormen bestonden. De standaardoverweging kan luiden:

Voor zover X met verwijzing naar het aanhangige ontwerp voor een Wet Financiële Dienstverlening anticiperende werking daarvan bepleit, gaat de kantonrechter daaraan voorbij nu Dexia behoort te worden beoordeeld naar ten tijde van het aangaan van de transactie geldende maatstaven en in het effectenverkeer heersende normen, welke maatstaven en normen sedertdien door voortschrijdend inzicht, mede als gevolg van de grote koersdalingen in 2000, zijn gewijzigd en aangescherpt.

F. Misleidende reclame

De rechtbank Amsterdam heeft een oordeel moeten geven over een bepaald deel van de tekst van een brochure voor de Winstverdriedubbelaar. Bij vonnis van 7 juli 2004 inz. Stichting Leaseverlies & Consumentenbond/Dexia (NJF 2004, 411) is geoordeeld dat deze reclame voor dit specifieke aandelenlease-product wel tendentius was, maar niet misleidend voor de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument. Een beroep op dwaling wordt ook verworpen door de rechtbank Amsterdam in het vonnis van 30 juni 2004 (NJF 2004, 410), de klachtencommissie DSI in de uitspraak van 5 februari 2004 (NJF 2004, 446) en de beroepscommissie DSI op 27 januari 2005.

Als een soortgelijke weg wordt gevolgd, kan de overweging zijn:

In het voetspoor van de vonnissen van 30 juni en 7 juli 2004 van de rechtbank Amsterdam (NJF 2004, 410 resp. 411) en van de beslissing van de Beroepscommissie DSI van 27 januari 2005 (JOR 2005, 67), welk oordelen in dit vonnis worden overgenomen, kan de reclame (.. brochure, advertentie..) van Dexia voor (...naam product..) niet als misleidend worden aangemerkt en kan een beroep op dwaling op deze grond daarom niet slagen. Dat laat onverlet dat de aanbieder tekort

kan zijn geschoten in de nakoming van zijn zorgverplichting.

De materie is echter complex. De AFM heeft op basis van een volledige beoordeling van de brochure van de Winstverdriedubbelaar - waarbij ook onderdelen van de brochure werden getoetst die niet aan de rechtbank waren voorgelegd - geoordeeld dat Dexia zich wel aan misleidende reclame schuldig heeft gemaakt. Op 22 juli 2004 zijn 6 bestuurlijke boetes aan Dexia opgelegd, waarvan één op grond van misleidende reclame.

Als misleiding wordt aangenomen, wordt bovendien niet zonder meer voldaan aan het vereiste van dwaling dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn aangegaan. Velen vertrouwden destijds blind op een verdere stijging van de beurs, die zich feitelijk gedurende enkele jaren voordeed. Bovendien is dan niet alleen de inhoud van de brochure, maar ook die van het contract van belang.

Voorts zijn uitzonderingen op grond van de casuïstiek denkbaar (zie Rb Arnhem 16 juni 2004, NJF 2004, 414).

G. Zorgplicht

A. G I. De verbindendheid van de Nadere Regeling Toezicht Effectenverkeer (NR).

De NR heeft een aantal versies gekend:

NR 1995, geldend van 31 december 1995 tot 1 februari 1999;

NR 1999, eerste versie, geldend van 1 februari 1999 tot 1 september 2001;

NR 1999, tweede versie, geldend van 1 september 2001 tot 1 maart 2002, onder meer verwijzend naar Bijlage 7;

NR 2002, geldend vanaf 1 maart 2002.

Iedere nieuwe versie gaf strengere voorschriften aan de aanbieders van aandelenproducten.

Dexia betwist de verbindendheid van de NR. De rechtbank Amsterdam heeft dat verweer verworpen in de vonnissen van 12 november 2003, JOR 2004, 14 en van 30 juni 2004, NJF 2004, 410 met een op de Europese wetsgeschiedenis gebaseerde motivering, in de lijn van HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285. Ook de Klachtencommissie DSI verwerpt het verweer (5 februari 2004, NJF 2004, 446). Volgens de Dexia-werkgroep is de exacte tekst van de destijds geldende NR van minder belang, omdat het voormelde arrest al normen geeft voor de zorgplicht van de aanbieder. De standaardoverweging kan zijn:

in het voetspoor van het vonnis van de rechtbank Amsterdam d.d. 30 juni 2004, NJF 2004, 410 en van de daaromtrent gedane uitspraken van de Klachtencommissie van het DSI d.d. 5 februari 2004, NJF 2004, 446 is de kantonrechter van oordeel dat Dexia bij het aanbieden van de Winstverdriedubbelaar gehouden was aan de in de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer (NR) gecodificeerde zorgplicht, waaraan niet afdoet dat zij een kant-en-klaar effectenproduct aan een breed publiek aanbood. De stelling van Dexia dat de NR onverbindend is treft geen doel reeds omdat de daarin neergelegde regels ook volgen uit de zorgplicht, waarvan de Hoge Raad in zijn arrest van 9 januari 1998, NJ 1999, 285, JOR 1998, 116, heeft beslist "dat de maatschappelijke functie van de banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt."

Van de NR zijn in hoofdzaak de artt. 28 en 33 van belang, die onderstaand worden besproken.

B.

G II. Het "know-your-customer-principe".

Art. 28 leden 1 en 2 NR 1999 ziet op het inwinnen van informatie **bij** de cliënt: het zg. "know-your-customer-principe". De art. 26 tot en met 28 NR 1995 verplichtten tot het geven van de informatie die in het specifieke geval voor de cliënt van belang was, zij het dat die informatie volgens de toelichting niet toegesneden behoefde te worden op het kennisniveau *van* iedere afzonderlijke cliënt. In de NR 1995 ontbreekt een expliciete verplichting tot het inwinnen van inlichtingen over de cliënt zelf. Dat neemt echter niet weg dat op basis van de in G I genoemde jurisprudentie ook vóór 1999 het bestaan van een zorgplicht aangenomen moet worden, die moet voorkomen dat afnemers risico's en verplichtingen aangaan die zij zelf niet kunnen overzien en/of die voor hen, gelet op hun omstandigheden en beleggingsdoeleinden onaanvaardbaar zijn. De bepalingen van de NR zijn in 2001 nog verder uitgewerkt, maar voor het merendeel van de aanhangige procedures mist dat relevantie.

In de meeste gevallen staat vast dat Dexia voorafgaande aan het afsluiten van een aandelenlease-overeenkomst slechts het BKR-register heeft geraadpleegd en geen verdere inhoud heeft gegeven aan haar zorgplicht. In de lagere rechtspraak wordt aangenomen dat dat onvoldoende was, zie onder meer Rb. Amsterdam 12 november 2003, JOR 2004, 14.

De Klachtencommissie DSI (5 februari 2004, NJF 2004, 446) verwijt Dexia niet te hebben onderzocht of haar klanten wel reserves hadden of wilden opbrengen om een mogelijk verlies te dragen. Dexia had ook een verzekering, bijvoorbeeld d.m.v. putopties, kunnen inbouwen, zoals andere instellingen wel hebben gedaan. Het rendement was dan 15-20% lager geweest, maar de risico's op een restschuld waren afgedekt.

De Commissie van Beroep DSI (27 januari 2005, JOR 2005, 67) overweegt onder verwijzing naar artikel 24, aanhef en onder b, Bte 1995 en de artikelen 28 lid 1 en 33 NR 1999 onder meer (vgl. r.o. 5.6.6.): *'In de genoemde bepalingen ligt besloten dat een effecteninstelling met de specifieke omstandigheden van haar wederpartij rekening dient te houden. Zijn de financiële omstandigheden van de wederpartij van dien aard dat het naar algemene maatstaven onverantwoord voorkomt de overeenkomst aan te gaan, dan dient een effecteninstelling zulks te ontraden.'*

Als de zorgplicht uit art. 28 van de NR geschonden is, kan de standaardoverweging - afgeleid van de Klachtencommissie - zijn:

Geoordeeld wordt dat Dexia zich op de voet van art. 28 NR tenminste rekenschap had behoren te geven van de vraag of haar potentiële wederpartij naar redelijke verwachting over voldoende bestedingsruimte zou beschikken om aan de uit het contract voortvloeiende verplichtingen te voldoen. Dexia had erop bedacht dienen te zijn dat tot haar wederpartijen personen zouden behoren die niet over voldoende inzicht in beleggen beschikken om zich zelfstandig in effectentransacties te begeven. Reeds gelet op die omstandigheid mocht van een deskundige als Dexia worden verwacht dat potentiële afnemers van het effectenleaseproduct indringend werden gewezen op de daaraan verbonden risico's, ook af heerste onder vele betrokkenen de verwachting dat de aandelenkoersen een aanhoudende en min of meer belangrijke stijging zouden blijven vertonen. Daartoe noopte tevens de aard van dat product. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft Dexia in ieder geval ten aanzien van het onderzoek naar de bij haar wederpartij te verwachten bestedingsruimte ontoereikende zorg betracht, omdat zij slechts heeft onderzocht of de afnemer geregistreerd stond bij het BKR.

Omtrent de gevolgen van de schending van art. 28 NR: zie hoofdstuk 3 (schadeverdeling).

C.

G III. De informatieverplichting.

Art. 33 NR 1999 heeft betrekking op het verstrekken van informatie **aan** de cliënt, zodat hij zich een adequaat oordeel kan vormen over de aangeboden diensten en de onderliggende financiële instrumenten. Art. 33 lid 2 NR 1999 verwijst naar bijlage 7 van de NR, die onder meer verplicht tot een duidelijke vermelding dat er belegd wordt met geleend geld en dat een restschuld kan overblijven (art. 7.5 lid 4). Naast de positieve scenario's moeten ook de negatieve vermeld worden (art. 7.8). In de art. 26-29 van de NR 1995 is een informatieplicht van dezelfde strekking opgenomen. De toelichting op art. 27 legt de nadruk op het verstrekken van voldoende informatie over (onder andere) de met het betreffende product samenhangende specifieke risico's en in het bijzonder over de omvang van mogelijke verliezen,

Per casus zal onderzocht moeten worden in hoeverre het schriftelijke informatiemateriaal van het betreffende lease-product voldoet aan de informatieverplichting en eventueel ook of er toereikende aanvullende mondelinge informatie is gegeven. Uitgangspunt dient te zijn dat de verstrekte informatie voor een gemiddeld oplettende wederpartij voldoende duidelijk moet zijn geweest, met name met betrekking tot de risico's van het product: zie de onder 2 F genoemde vonnissen. De standaard overweging kan dan zijn:

Uit de stukken van de effectenleaseconstructie, zoals die is aangeboden, blijkt dat de afnemer in belangrijke mate kon beoordelen of die constructie in beginsel geschikt was om aan zijn beleggingsdoel te voldoen. Het bedrag waarvoor in effecten wordt geïnvesteerd, de aard van die effecten en de duur van de investering waren immers voor de belegger op voorhand volledig kenbaar.

Indien Dexia echter na het (verplichte) onderzoek naar de financiële positie van de belegger en naar zijn beleggingservaring tot de conclusie had moeten komen dat deze belegger meer informatie en waarschuwing nodig had dan de gemiddelde belegger, had zij die dienen te geven. Dat is mede van belang omdat er de nodige aanwijzingen zijn dat de aanbieders zich bewust op klanten hebben gericht met geen of weinig beleggingservaring en ook op afnemers met niet meer dan een uitkering. Anderzijds zijn er ook ervaren beleggers die minder bescherming behoeven. Zie in dat verband Hof Den Bosch 5 april 2005 en de beroepscommissie DSI op 27 januari 2005.

Omtrent de gevolgen van de schending van art. 33 NR: zie hoofdstuk 3 (schadeverdeling).

D.

G IV. Marginbewaking

Een ander aspect van de zorgplicht (neergelegd in art. 28 leden 3 en 4 NR 1999) is de zg. margin-bewaking: had de aanbieder niet moeten waarschuwen dat een negatief saldo ontstond en dan ook tot liquidatie moeten overgaan als de afnemer geen aanvullende zekerheden had gesteld? De meningen op dit punt zijn verdeeld; er is nog geen gepubliceerde jurisprudentie. De AFM meent dat de saidobewakingsplicht uit het NR voortvloeit, maar heeft van de verplichting in lopende overeenkomsten incidenteel ook ontheffing verleend, omdat zij bijstorting in dat stadium niet in het belang van de belegger achtte. De commissie-Oosting heeft zich van een standpunt willen onthouden, maar meent wel dat latere koersverliezen voorkomen hadden kunnen worden bij de naleving van de saidobewakingsplicht, hetgeen in de beoordeling van de zorgplicht meegenomen zou moeten worden.

Een afwijzend standpunt zou als volgt geformuleerd kunnen worden:

Geoordeeld wordt dat de voorschriften van art. 28 lid 3 en 4 NR 1999 op het onderhavige product niet van toepassing zijn. Zoals ook uit de Toelichting op de NR

blijkt, zijn deze voorschriften gegeven voor financiële instrumenten waaruit toekomstige verplichtingen kunnen voortvloeien, zoals het schrijven van (ongedekte) opties die voor de belegger het risico met zich meebrengen dat aandelen op expiratedatum tegen een onvoorzien hoge koers moeten worden ingekocht. Bij de Winstverdriedubbelaar (.....) doen deze risico's zich niet voor. Weliswaar wordt de omvang van de restschuld bepaald door de waarde van de aandelen op de aflooptdatum van het contract, maar dat is geen verplichting uit enig financieel instrument waar deze bepalingen uit de NR 1999 voorgeschreven zijn.

E.

G V. Spreiding van de effecten

Eén van de verweren van de afnemers is dat de aandelenlease-producten over te weinig aandelen waren gespreid: in de regel ABN, ING, Ahold en Kon. Olie. Het is echter wijsheid achteraf om de grote koersval van bijvoorbeeld Ahold aan de aanbieder te verwijten. De ondernemingen stonden destijds als solide te boek. Bovendien zou een grotere spreiding waarschijnlijk tot meer kosten hebben geleid. De standaardoverweging kan zijn:

Het verweer dat het aandelenlease-product was samengesteld uit aandelen in een beperkt aantal ondernemingen en dat daarmee het risico van negatieve koersbewegingen onvoldoende is beperkt, wordt niet gevolgd. De betreffende ondernemingen stond ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst als solide bekend. De samenstelling van het product was in het contract vermeld en is door de afnemer aanvaard.

F.

G VI. Aan- en verkoopkoersen

Als verweer wordt gevoerd dat Dexia aan het einde van de looptijd (of bij tussentijdse beëindiging) van het contract de aandelen niet tegen de best haalbare koers van die dag heeft verkocht, met name onder de gepubliceerde slotkoersen van de dag. Het verweer dient volgens de Amsterdamse Dexia-werkgroep niet te worden aanvaard, als Dexia kan aantonen dat de gedane koers tussen de hoogste en de laagste koers van de dag ligt. Dexia moet op enig moment verkopen en kan de koersbewegingen van de dag niet voorspellen. De standaardoverweging kan zijn:

De stelling dat Dexia de aandelen op de aflooptdatum van het contract tegen een lagere koers heeft verkocht dan de slotkoers van die dag, betekent zonder meer nog niet dat Dexia de aandelen niet "bestens" verkocht heeft. Met name heeft X niet gesteld dat de gedane koers lager is dan de laagste gedane koers van de betreffende handelsdag en het is nu eenmaal aan de handel in aandelen eigen dat koersbewegingen tijdens een handelsdag niet voorzien kunnen worden.

G.

G VII. Depotconstructies

Onder een depotconstructie wordt verstaan een product waarbij de afnemer een eenmalige inleg doet en geen termijnbetalingen meer verricht. Uit de inleg worden de maandtermijnen voldaan van een (hoge) lening bij de aanbieder. Met de hoofdsom van de lening worden middels een daarnaast afgesloten leasecontract aandelen gekocht. Gemengde constructies van termijn- en depotcontracten zijn ook wel aangeboden.

Het risico dat door koersverliezen niet alleen de inleg verloren gaat, maar ook een grote restschuld overblijft, heeft zich gerealiseerd. De rechtbank Amsterdam heeft in het vonnis van 12 november 2003, JOR 2004, 14 geoordeeld dat Dexia niet heeft voldaan aan haar zorgplicht door bij de afnemer geen navraag te doen over haar financiële positie, beleggingservaring en -doelstellingen.

De Klachtencommissie DSI gaat in zijn uitspraak van 5 februari 2004 (NJF 2004, 446) verder: de adviseur had dat product niet mogen aanbieden. Op te maken valt dat volgens de

commissie het risico van de belegger beperkt zou moeten blijven tot zijn inleg, in plaats van het (veel) hogere bedrag dat door de hefboomwerking uit koersverliezen kon ontstaan. De commissie-Oosting deelt die visie.

Dexia heeft haar (circa 450) depotbeleggers via de stichting Leaseleed een separaat voorstel gedaan, waarvan de inhoud niet openbaar is gemaakt. Inmiddels is al diverse malen geoordeeld dat dergelijke constructies niet op de markt gebracht hadden behoren te worden. Het lijkt dan ook verdedigbaar om in dergelijke gevallen 100% van de restschuld inclusief de termijnbetalingen voor rekening van Dexia te laten.

De depotconstructie brengt een dubbel risico met zich mee: niet alleen de inleg kan verloren gaan, maar er kan ook een (aanzienlijke) restschuld overblijven. De belangen zijn daarom groot en maatwerk is van belang. Nu zich ook niet veel procedures lijken voor te doen geeft de Dexia-werkgroep geen standaardoverweging.

H.

G VIII Effecten feitelijk niet gekocht

Soms wordt als verweer aangevoerd dat volgens Dexia in vele gevallen niet de contractueel met de klant overeengekomen aandelen voor de klant heeft gekocht, maar deze positie slechts met over de counter opties heeft afgedekt, al dan niet in combinatie met de stelling dat Dexia niet heeft voldaan aan de verplichting ex artikel 35, althans artikel 34 van de Nadere Regeling Toezicht Effectenverkeer 1999 om aan de afnemer tenminste eenmaal per kwartaal een effectennota uit te reiken. Dit verweer komt er op neer dat Dexia haar verbintenis jegens de afnemer tot aankoop van de in de overeenkomst gemelde effecten niet is nagekomen en dat de afnemer niet behoeft op te draaien voor een feitelijk niet door Dexia geleden verlies, althans dat er geen sprake is (geweest) van een door Dexia betaald bedrag ter financiering van voor de afnemer gekochte effecten dat door de afnemer aan Dexia dient te worden (terug)betaald. Nu de gegevens omtrent de aankoop van de betreffende effecten zich uitsluitend in het domein van Dexia bevinden ligt het op de weg van Dexia om haar stellingen, inhoudende dat zij de effecten ten behoeve van de afnemer daadwerkelijk heeft gekocht en betaald, met concrete (administratieve) bescheiden te onderbouwen. Voor zover dit in de procedure nog niet is gebeurd ligt het voor de hand om Dexia in de gelegenheid te stellen dit alsnog te doen. De overweging zou kunnen zijn (vgl. Rechtbank Zwolle Sector kanton d.d. 23 februari 2005, LJN: AS9415):

Dexia zal in de gelegenheid worden gesteld bij akte schriftelijke - geadstrueerd met objectief verifieerbare (dus niet louter interne) stukken - inlichtingen te verstrekken omtrent de wijze en de data waarop de overeengekomen aandelen ten behoeve van de afnemer door Dexia zijn verworven en betaald. X zal daarop bij akte kunnen reageren.

De Dexia-werkgroep is niet bekend met rechtspraak waarin over dit geschilpunt wordt geoordeeld en loopt daarop in deze versie van de beslismodules niet vooruit.

H. Ontbinding van de overeenkomst

Onder 2 F is beargumenteerd dat een beroep op dwaling of misbruik van omstandigheden niet snel zal slagen. De stellingen van de afnemer zullen echter vaak (expliciet of impliciet) kunnen worden samengevat als een beroep op een schending van de op Dexia rustende zorgplichten. Deze zorgplichten hebben betrekking op de precontractuele fase en niet op de eigenlijke totstandkoming van de overeenkomst.

Hieruit volgt dat bij schending van deze zorgplicht sprake is van onrechtmatig handelen, aldus de Commissie van Beroep DSI en Hof Den Bosch (5 april 2005, r.o. 4.9.6.). Wij menen dat, indien het komt tot een overeenkomst, de pre-contractuele schending van de zorgplicht getrokken wordt in de sfeer van wanprestatie. In het tekstblok wordt deze keuze in het midden gelaten.

Partijen zijn vervolgens in een contractuele verhouding jegens elkaar komen te staan. Dexia vordert in het algemeen nakoming van uit die overeenkomst voortvloeiende betalingsverplichtingen. De afnemer vordert niet altijd expliciet schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen van Dexia. Voor de uitkomst zal het echter geen verschil behoeven maken of de beoordeling wordt uitgevoerd op grond van de normen van art. 6:162 BW of van de normen van redelijkheid en billijkheid die de overeenkomst beheersen. Om deze reden ligt het voor de hand om een onrechtmatig handelen door schending van de (pre-)contractuele zorgplicht te absorberen in de overeenkomst in die zin, dat dit een omstandigheid vormt die grond kan vormen om te toetsen aan art. 6:248 lid 2 BW. Zie daaromtrent hoofdstuk 3 B.

Een standaardoverweging om de gevorderde ontbinding af te wijzen kan zijn:

De door X gevorderde ontbinding van de lease-overeenkomst wordt afgewezen. Nog daargelaten of het schenden van de zorgplicht door Dexia in de precontractuele fase als een (voor)contractuele tekortkoming kan worden geduid, zullen de gevolgen van zodanige ontbinding eveneens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid bepaald dienen te worden en zal de beslissing daaromtrent niet tot een ander resultaat leiden dan waartoe binnen het hierna weer te geven kader zal worden beslist.

Voor een overweging bij een schadevordering uit onrechtmatige daad: zie onder 2 I.

Voor een overweging ten aanzien van dwaling: zie onder 2 F.

In bijzondere gevallen kan er voldoende grond zijn om de overeenkomst wel te vernietigen of te ontbinden op grond van dwaling, wanprestatie of onrechtmatige daad. Voor die uitzonderingen zijn geen algemeen geldende overwegingen te geven.

I. Re conventionele vordering van de afnemer

Als de afnemer (tegen een door Dexia ingestelde vordering tot nakoming) in reconventie een vordering tot schadevergoeding (wegens wanprestatie en/of onrechtmatige daad) instelt, zullen de door hem gestelde feiten en omstandigheden, waaronder de gestelde schade, kunnen worden verdisconteerd in het oordeel in conventie over de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW (zie Hoofdstuk 3 B). Dit is alleen niet afdoende als de vastgestelde schade groter is dan het totaal van zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst, hetgeen niet snel het geval zal is. De standaardoverweging kan zijn:

De door X gevorderde schadevergoeding wordt afgewezen. De in verband daarmee gestelde feiten en omstandigheden, de negatieve financiële gevolgen voor X daaronder begrepen, zijn verdisconteerd in het oordeel in conventie omtrent de verplichtingen die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid thans tussen partijen hebben te gelden.

J. Minderjarigheid

De Amsterdamse Dexia-werkgroep volgt de overweging op in hoofdstuk 9.5 van het rapport van de commissie-Oosting.

Een aandelenlease-overeenkomst die is aangegaan door een minderjarige zonder de toestemming van diens wettelijke vertegenwoordiger is op grond van art. 1:234 BW jo. art. 3:32 BW vernietigbaar binnen de daarvoor geldende termijnen. Nu het in het maatschappelijk verkeer niet gebruikelijk is dat minderjarigen dergelijke overeenkomsten zelfstandig aangaan, zal de toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger niet kunnen worden verondersteld (art. 1:234 lid 3 BW).

De beoordeling van een vernietiging zal specifiek zijn, maar de inhoud van de overweging is eenvoudig op het bovenstaande te baseren.

K. Tussenpersonen

Dexia heeft aangevoerd dat misleidende of ontoereikende informatie door tussenpersonen niet aan haar tegengeworpen kan worden. Volgens de huidige stand van de rechtspraak wordt de reclame van Dexia voor haar producten niet als misleidend aangemerkt (zie F). Dat laat de mogelijkheid open dat een tussenpersoon in het kader van de zorgplicht ontoereikende informatie heeft gegeven. In de uitspraak van 5 februari 2004, NJF 2004, 446 heeft de Klachtencommissie DSI de verantwoordelijkheid voor de informatieverschaffing in beginsel bij Dexia gelegd;

De Commissie van Beroep DSI (27 januari 2005, r.o. 5.5.2.) baseert de aansprakelijkheid voor het nalaten van de tussenpersoon op diens positie als hulppersoon van Dexia, hetgeen naar onze mening navolging verdient. De overweging (overgenomen van de CvB DSI) zou kunnen zijn:

Er is aanleiding bij beantwoording van de vraag of een effecteninstelling aansprakelijk is voor gedragingen van een hulppersoon die zij heeft ingeschakeld bij het tot stand komen van overeenkomsten als de onderhavige aansluiting te zoeken bij het bepaalde in art. 6:76 BW, te weten dat de schuldenaar die bij de uitvoering van een verbintenis gebruik maakt van andere personen, voor hun gedragingen op gelijke wijze aansprakelijk is als voor eigen gedragingen. Wanneer een effecteninstelling zich bij het aangaan van overeenkomsten van de bemiddeling van een tussenpersoon bedient, komen de gevolgen van gedragingen van deze tussenpersoon, tekortkomingen daaronder begrepen, op gelijke wijze voor rekening van de opdrachtgever als de gevolgen van zijn eigen gedragingen en tekortkomingen. Hierbij is niet van belang of de tussenpersoon al dan niet kan worden beschouwd als vertegenwoordiger van de opdrachtgever. Het gaat erom dat de bemiddeling geschiedt ten voordele van de opdrachtgever; nadelige gevolgen van gedragingen van de tussenpersoon behoren dan niet te worden afgewenteld op de wederpartij, maar dienen voor risico te komen van de opdrachtgever.

3. Overwegingen omtrent de verdeling van de schade.

A. Nietigheid van de overeenkomst en de werking van de art. 6:278 en 3:53 BW.

De overeenkomst kan vernietigd worden op grond van artikel 1:88, strijd met Wck of op andere gronden. In dat geval zal de afnemer in beginsel zijn bevrijd van zijn verplichtingen. Deze bestaan enerzijds uit hetgeen hij tijdens de overeenkomst al heeft betaald of had moeten betalen (de termijnbetalingen) en anderzijds uit het bedrag dat de afnemer na afloop van de overeenkomst tengevolge van de koersdalingen nog moet voldoen nadat hij alle termijnbedragen heeft betaald (hier verder te noemen: de restschuld). De vraag is of dit gevolg geheel of gedeeltelijk teniet behoort te worden gedaan door toepassing van art. 6:278 BW (verrekening van de relatieve waardedaling van de prestatie tot ongedaanmaking indien die waardedaling de reden is geweest voor de stoot tot vernietiging c.a.) of, als daarom wordt verzocht, art. 3:53 BW (gehele of gedeeltelijke beperking van vernietiging indien rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan kan worden gemaakt).

In een eerdere versie van de beslismodules heeft de Dexia-werkgroep het standpunt ingenomen dat art. 6:278 BW niet in de weg staat aan de restitutieplichtingen van Dexia. Daarop zijn veel reacties gekomen. Volgens één zienswijze dient art. 6:278 BW bij de nietigheid ex art. 1:88 BW wel toegepast te worden: er bestaat reden om de bescherming van die bepaling aan banden te leggen op het moment dat de echtgenoot profiteert van een inmiddels ten gunste van het gezin ingetreden wijziging van de waardeverhouding in de

prestaties. Mede nu de echtgenoot, die met een beroep op de artikelen 1:88 en 89 de overeenkomst vernietigt, krachtens artikel 1:89 lid 5 BW dezelfde bevoegdheden heeft als een contractspartij die een beroep doet op een nietigheidsgrond, is er volgens die zienswijze grond om voorbij te gaan aan de letterlijke tekst van artikel 6:278 BW waarin sprake van een stoot tot ongedaanmaking door de contractspartij zelf.

Meer reacties ondersteunden het standpunt van de Dexia-werkgroep. Met name werd er op gewezen dat de bepalingen door de wetgever zijn bedoeld ter bescherming van de (andere) echtgenoot, respectievelijk de consument, tegen de risico's die de overeenkomsten met zich mee kunnen brengen. Het wordt in strijd met die wettelijke bedoeling geacht om de gevolgen van de koersdalingen alsnog voor rekening van de te beschermen partij te brengen. Ook werd erop gewezen dat volgens de bescherming van artikel 1:88 BW de andere echtgenoot slechts gebonden is als hij niet alleen op de hoogte is van het aangaan van de overeenkomst, maar ook actief (door het zetten van een handtekening) aan de totstandkoming heeft meegewerkt. Dexia had op eenvoudige wijze kunnen voorkomen dat vernietigbare overeenkomsten zouden worden gesloten door ook de andere echtgenoot te laten tekenen, zoals andere aanbieders van soortgelijke overeenkomsten wel hebben gedaan.

Ook na dit debat blijft de Dexia-werkgroep van mening dat de beschermingsgedachte van 1:88 en de Wck zich niet verdraagt met toepassing van artikel 6:278 (of 3:53) BW. De overweging zou kunnen zijn:

Het beroep van Dexia op toepassing van artikel 6:278 BW wordt verworpen. Daargelaten of in dit geval wordt voldaan aan de voorwaarden als genoemd in dat artikel, verdragen de gevolgen van dat artikel zich niet met de door de wetgever beoogde bescherming van de echtgenoot die geen partij was bij de overeenkomst en daarvoor evenmin toestemming heeft gegeven (respectievelijk; van de consument). Dat X pas een beroep op de nietigheid heeft gedaan nadat de koersverliezen waren opgetreden doet daar niet aan af, nu die koersverliezen nu juist behoren tot het soort omstandigheden die aanleiding plegen te zijn voor een beroep op de door de wetgever beoogde bescherming.

In gevallen buiten toepassing van artikel 1.88 BW of de Wck zou de overweging kunnen zijn (grotendeels overgenomen van de Commissie van Beroep DS1 van 27 januari 2005):

Het beroep van Dexia op artikel 6:278 BW wordt verworpen. Uit hetgeen in de Toelichting Meijers is opgemerkt volgt dat art. 6:278 BW niet van toepassing is in een geval waarin ervan moet worden uitgegaan dat de stoot tot ongedaanmaking erop is gegrond dat de partij die daartoe overgaat zijn wederpartij, terecht, verwijt dat deze is tekortgeschoten in de hem betamende zorg door eerstbedoelde niet voldoende te waarschuwen voor het risico dat de waarde van de prestatie na uitvoering van de overeenkomst kan dalen als gevolg van koersdaling. Deze situatie doet zich hier voor; niet de situatie waarin de daling van de waarde van de prestatie na de uitvoering van de overeenkomst is gedaald als gevolg van een omstandigheid die niet in verband staat met het in zorg tekortschieten als zo-even bedoeld.

Bij vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW), valt niet uit te sluiten dat er wel aanleiding is om artikel 6:278 BW toe te passen, indien aan de vereisten van dat artikel is voldaan (onder meer dat er sprake moet zijn van een reeds uitgevoerde overeenkomst). Aan de hand van de feitelijke omstandigheden zal bepaald moeten worden of de bescherming die de afnemer kan ontleen aan de grondslag voor de vernietiging 100% dient te zijn (zoals hierboven wordt aangenomen bij toepassing van art. 1:88 BW), dan wel of er ruimte is om op de voet van art. 6:278 BW de waardedaling van de effecten voor zijn rekening te laten. Ook een gedeeltelijke

verrekening is op de voet van art. 6:248 BW mogelijk, rekening houdend met de factoren zoals beschreven onder 3C: schadeverdeling.

indien art. 6:278 BW wei onverkort wordt toegepast kan de standaardoverweging luiden:

Nu het beroep op nietigheid slaagt is X echter in beginsel verplicht is tot bijbetaling van het na het uitvoeren van de overeenkomst ontstane waardeverschil - het verschil tussen de aankoopprijs van de aandelen, en de gerealiseerde opbrengst ervan - aangezien aannemelijk is dat X louter de stoot tot ongedaanmaking van de transactie, als bedoeld in art. 6:278 BW, heeft gegeven op grond van de sedert die aankoop opgetreden waardedaling van de gekochte aandelen. Dit betekent dat enerzijds Dexia alle betalingen van X uit de overeenkomst aan X moet terugbetalen, zijnde....Anderzijds echter dient X aan Dexia het waardeverschil tussen de aankoopkoers en de afrekenkoers, zijnde.. aan Dexia te vergoeden. Beide verplichtingen zijn met elkaar verrekenbaar, zodat resteert een saldo van.. ten gunste van.....

B. Toepassing van art. 6:248 lid 2 BW

Indien eenmaal is vastgesteld dat Dexia haar zorgplicht heeft geschonden, is Dexia in beginsel aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade van de afnemer. De door partijen gestelde feitelijke omstandigheden kunnen echter aanleiding zijn om de schade tussen Dexia en de afnemer te verdelen, in die zin dat een deel van de restschuld voor rekening van de afnemer blijft. Ook dient - indien dit geschilpunt is opgeworpen - beoordeeld te worden of de afnemer al dan niet (gedeeltelijk) bevrijd zal zijn van de verplichting om de resterende termijnbetalingen te voldoen, c.q. of Dexia de betaalde termijnen dient te restitueren. Deze beoordeling kan plaats vinden door toepassing te geven aan art.6:248 BW.

Is vastgesteld dat toepassing van art. 6:248 lid 2 BW gerechtvaardigd is, dan moet worden geoordeeld op welke wijze wordt ingegrepen in de overeenkomst. Niet altijd wordt schadevergoeding gevorderd. De stellingen van de afnemer komen er vaak wel op neer dat zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst verminderd of teniet gedaan moeten worden (hetzij voor wat betreft de restschuld, hetzij voor wat betreft alle betalingsverplichtingen). Het verdient daarom aanbeveling om de schade van de afnemer te verdisconteren in de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW (zie ook onderdeel 2 I). Daarbij kan ook rekening worden gehouden met de mate van het oorzakelijk verband tussen het tekortschieten in de zorgplicht door Dexia en de schade bij de afnemer. Voorts kan acht worden geslagen op de eigen verantwoordelijkheid en op mogelijk bewuste keuzes van de afnemer. Volledige schadevergoeding door Dexia (terugbetaling van al hetgeen reeds door de afnemer is betaald) zal op grond van de omstandigheden van het geval kunnen leiden tot onaanvaardbare gevolgen als bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW. Hetzelfde kan gelden voor het onverkort in stand houden van alle verplichtingen voor de afnemer. Het al dan niet beperken van de verplichtingen van de afnemer zal tot hetzelfde resultaat kunnen leiden als het toekennen van een schadevergoeding. Door de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW te formuleren als een beperking van de verplichtingen van de afnemer kan gebruik worden gemaakt van een overweging die in de meeste van dergelijke gevallen toepasbaar is, ongeacht of door de afnemer een schadevordering is ingesteld. De standaard overweging kan zijn:

Het niet nakomen door Dexia van haar zorgplicht brengt met zich mee dat Dexia aansprakelijk is voor de ais gevolg daarvan door de belegger ondervonden negatieve gevolgen, hierna aan te duiden als het nadeel. Daarbij dient echter voorop gesteld te worden dat X ook een eigen verantwoordelijkheid draagt voor de gevolgen van zijn keuze tot deelname aan de WinstVerDriedubbelaar(...). Voorts dient rekening gehouden te worden met de overige omstandigheden van het geval. Een en ander brengt met zich mee dat het onverkort toepassen van alle tussen partijen geldende

bedingen tot onaanvaardbare gevolgen zal leiden, zoals bedoeld in art.6:248 lid 2 BW. De verplichtingen van X uit de overeenkomst dienen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid te worden beperkt, zoals hierna zal worden bepaald,

Uiteraard zal overwogen moeten worden welke concrete feiten of omstandigheden in het betreffende geval aanleiding zijn voor de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW, zowel ten aanzien van de verplichtingen van de afnemer als van de (restitutie-)verplichtingen van Dexia.

Als de afnemer een zelfstandige schadevordering heeft ingesteld, kan deze worden afgewezen met de motivering dat de eventuele door de afnemer geleden schade reeds is verdisconteerd bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW. Zie onder 2 1.

Vooraf in kantonzaken behoeft de rechter niet al te lijdelijk te zijn. Als een afnemer van Dexia verwijst naar uitspraken in andere zaken, zal daarin een beroep op art. 6:248 lid 2 BW gelezen kunnen worden. Dat beroep zal vervolgens echter slechts kunnen slagen na beoordeling van de concrete omstandigheden in het individuele geval, die door de afnemer zullen moeten worden gesteld en bewezen. Als de afnemer het alleen laat bij een algemene verwijzing naar andere uitspraken, kan de standaard overweging zijn:

X heeft aangevoerd dat het niet redelijk is hem te verplichten tot verdere betaling. De kantonrechter begrijpt dit als een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Krachtens die bepaling is een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De feiten en omstandigheden waarop dit beroep berust zullen door X moeten worden gesteld en zonodig bewezen.

X heeft echter geen, althans onvoldoende concrete omstandigheden gesteld als hiervoor bedoeld. Daarom dient zijn beroep op artikel 6:248 lid 2 BW te worden afgewezen. Voor zover X heeft bedoeld te stellen dat, gelet op uitspraken van andere rechters en instanties, zijn individuele omstandigheden niet van belang zijn, wordt die stelling verworpen. Nu er van uit moet worden gegaan dat er sprake is van een rechtsgeldig gesloten overeenkomst zal er slechts reden zijn om - op grond van de redelijkheid en billijkheid - een wijziging te brengen in de daaruit volgende verplichtingen van X, indien de feiten en omstandigheden in zijn individuele geval daartoe aanleiding geven.

C.Verdeling van de schade

De toepassing van art. 6:248 lid 2 BW zal dienen te worden vertaald in concrete gevolgen voor de verplichtingen van partijen.

In de uitspraken van lagere rechters speelt niet alleen de schuldvraag een rol, maar ook de componenten van de schade: de restschuld, de rente, de inleg.

Rb. Amsterdam 12 november 2003, JOR 2004, 14: 75% van de totale schade voor Dexia, op te maken bij staat,

- Rb. Roermond 7 april 2004, NJF 2004, 435: 75% van de specifiek omschreven schade voor de aanbieder, 25% voor de belegger.
- Ktr. Gouda 10 juni 2004, NJF 2004, 423: 75% van de restschuld voor Dexia.
- Ktr. Den Haag 17 juni 2004, NJF 2004, 424: 75% van de restschuld voor Dexia.
- Ktr. Zaandam 3 juni 2004, NJF 2004, 428: koersverlies voor rekening van Dexia, renteverplichtingen voor belegger.
- Ktr. Zaandam 24 juni 2004, 429: koersverlies voor rekening van Dexia, overeengekomen betalingsverplichtingen voor belegger.
- Rb. Arnhem 30 juni 2004, NJF 2004, 417: 100% van de inleg voor rekening van Dexia.

De individuele omstandigheden van de afnemer als vermeld in r.o. 4.1 onder (i) van de uitspraak van de Commissie van Beroep DSI d.d. 27 januari 2005 (JOR 2005, 67) waren onder meer de volgende:

- beroepsopleiding Zeevaartschool;
- werkt als scheepsmonteur, inkomen € 1.700,- netto per maand;
- belast met een alimentatieverplichting;
- bezit van een met hypotheek belaste woning. Vaste lasten ca € 1.050,- per maand;
- beschikte over € 8.000,- aan spaargeld, geen ander vermogen;
- beschikte niet over ervaring met financiële zaken of beleggen.

Naar aanleiding daarvan oordeelde de Commissie als volgt (r.o. 5.6.8.):

'De hiervoor in 4.1 onder (i) vermeide persoonlijke omstandigheden van belanghebbende hadden de deelnemer, indien hij daarvan had kennis gedragen, op grond van de bijzondere zorg die hem jegens belanghebbende betaamde ervan behoren te weerhouden de overeenkomst aan te gaan.

De Commissie heeft de vordering van de afnemer (grotendeels) toegewezen als schadevergoeding ex art. 6:103 tweede zin BW (schadevergoeding anders dan in geld), gericht op het herstel van de oorspronkelijke toestand door partijen over en weer van hun verbintenissen te bevrijden. De schuld van de afnemer aan Dexia werd vervallen verklaard, en de reeds verrichte betalingen moet Dexia terugbetalen.

Anderzijds achtte de Commissie de schade van de afnemer ook een gevolg van een aan hem toe te rekenen omstandigheid, te weten het feit dat hij, zonder ervaring met beleggen, onvoldoende onderzoek heeft gedaan om na te gaan of zijn veronderstellingen wel juist waren. Op grond van de ernst van de tekortkoming van Dexia wordt de schade door de Commissie over partijen verdeeld met toepassing van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW en niet o.g.v. de daarin vervatte causaliteitsmaatstaf. De afnemer heeft € 8.142,12 betaald en was kennelijk bereid door dit bedrag in aandelen te beleggen koersrisico te lopen. Op het door Dexia terug te betalen bedrag aan termijnbetalingen ad € 8.142,12 wordt in mindering gebracht een bedrag dat overeenkomst met het percentage daarvan waarmee de AEX-index is gedaald in de periode tussen aankoopdatum en einddatum van de overeenkomst.

Afgerond resulteert de berekening van de **Commissie van Beroep DSI** in het volgende: De totale schade van de afnemer bedraagt het totaal van de termijnbedragen ad € 8.000,- vermeerderd met het voor de afnemer negatieve resultaat ad € 20.000,- is € 28.000,-. Uitgaande van een daling van de AEX-index in betreffende periode met 50%, leidt de uitspraak van Commissie van Beroep DSI tot de volgende verdeling van de schade: 50% van termijnbedragen ad € 4.000,- voor belegger, rest ad € 24.000,- voor Dexia.

Ter vergelijking;

Een groot aantal uitspraken van lagere rechters in gevallen waarbij het opleidingsniveau en de financiële omstandigheden van de afnemer vergelijkbaar waren met bovenbedoeld geval, waarbij de termijnbedragen geheel voor rekening van de afnemer bleven en tevens 50% van de restschuld, zouden in dit geval hebben geleid tot het volgende resultaat:

100% van termijnbedragen = € 8.000,- plus 50% van restschuld = € 10.000,-, totaal zijnde € 18.000,- voor belegger, rest ad € 10.000,- voor Dexia.

Vergelijking met het **voorstel-Duisenberg** (voor niet-1:88 BW zaken, 2/3 deel van de restschuld voor rekening van Dexia) levert het volgende beeld op:

100% van termijnbedragen = € 8.000,- plus 33,3% van restschuld = € 6.666,-, totaal zijnde € 14.666,- voor belegger, rest ad € 13.333,- voor Dexia,

De Dexia-werkgroep is van oordeel dat de schade in alle gevallen dient te worden verdeeld door toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, aan de hand van de concrete omstandigheden van het individuele geval, en staat daarbij de volgende gedragslijn voor:

In de door de afnemer getekende overeenkomst staat precies vermeld welke (termijn)betalingen verschuldigd zijn. De hoogte daarvan was in de regel bepalend om de overeenkomst aan te gaan. In het algemeen zal er daarom geen reden zijn om de afnemer van die betalingsverplichtingen te ontslaan. De verdeling van de schade heeft derhalve in beginsel alleen betrekking op de zuivere **restschuld**. Dit is het bedrag dat de afnemer na afloop van de overeenkomst tengevolge van de koersdalingen nog moet voldoen als hij alle termijnbedragen heeft betaald.

Dit kan in sommige gevallen echter anders liggen. Zo kan uit feiten en omstandigheden gelegen in de persoon van de afnemer (zoals diens kennis, bekwaamheden en financiële omstandigheden) blijken dat hij onvoldoende begrip heeft kunnen hebben van alle risico's, waaronder begrepen het verlies van zijn investering, terwijl ook moet worden aangenomen dat dit voor Dexia kenbaar moet zijn geweest (althans wanneer Dexia aan haar zorgplicht had voldaan). Stelplicht en bewijslast hiervan berusten bij de afnemer. In dergelijke gevallen kan aanleiding bestaan om naast de restschuld ook de (termijn)betalingen en bijkomende kosten in aanmerking te nemen, hetgeen er in het uiterste geval toe kan leiden dat Dexia alle schade zal moeten dragen.

Anderzijds kan de vordering van een ervaren, vermogende belegger die meelift op de onvrede over de aandelenlease-contracten, geheel voor afwijzing in aanmerking komen.

Belangrijke elementen in de beoordeling van de verdeling van de schade zijn:

- De persoon van de belegger: beleggingservaring? Hoogte van inkomen en vermogen?
- Op welke wijze is de belegger benaderd: zelf contact opgenomen - al dan niet via een tussenpersoon - of via cold calling?
- Op welke wijze heeft de aanbieder voldaan aan de zorgplicht?
- Heeft de aanbieder zich bewust gericht op onervaren beleggers?
- Wat is de omvang van de restschuld?
- Hoeveel overeenkomsten heeft de afnemer afgesloten?

Afhankelijk van hetgeen ten aanzien van bovenstaande factoren wordt vastgesteld zal het aan Dexia toe te rekenen deel van de in aanmerking te nemen schade in beginsel kunnen worden vastgesteld volgens een glijdende schaal tussen de 0% en 100%. Uit de voormelde uitspraken rijst het beeld op van een schadeverdeling tussen 25% en 75% van de restschuld, tenzij bijzondere omstandigheden van het geval rechtvaardigen dat andere betalingsverplichtingen daarbij worden betrokken. De standaard overweging kan zijn:

Onder de in aanmerking te nemen nadeel wordt in dit geval verstaan () de restschuld, dat wil zeggen het bedrag dat X op grond van de overeenkomst na afloop daarvan nog zou moeten betalen nadat hij alle tijdens de looptijd daarvan verschuldigd geworden termijnbedragen zou hebben betaald. Dit nadeel wordt vastgesteld op €.....*

Geoordeeld wordt dat op grond van de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid..% van dit nadeel voor rekening van Dexia dient te komen en de overige..% voor rekening van X dient te blijven. Hierbij worden als relevante omstandigheden in aanmerking genomen, de mate waarin Dexia tekort is geschoten in haar zorgverplichtingen, de persoonlijke en financiële situatie van X, de kennis en ervaring die bij X op beleggingsgebied verondersteld mogen worden op het moment dat hij aan dit product deelnam en de door Dexia gebruikte verkoopmethode.

(*) in voorkomende gevallen kan een andere definitie van de in aanmerking te nemen en

onder partijen te verdelen schade worden gegeven, waarbij met name ook termijn- en rentebetalingen en/of afsluitkosten bij het te verdelen nadeel kunnen worden betrokken. Denkbaar is voorts dat de verschillende onderdelen van het nadeel volgens verschillende percentages worden verdeeld.