

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling Privaatrecht

zaak- en rolnummer: 8197043 DX EXPL 19-104
vonnis van: 1 oktober 2020

Vonnis van de kantonrechter:

i n z a k e

de besloten vennootschap **DEXIA NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
nader te noemen: Dexia,
gemachtigde: mr. J.R. van Staveren,

t e g e n

████████████████████
wonende te ██████████
gedaagde, ██████████
nader te noemen: ██████████
gemachtigde: mr. G. van Dijk.

De procedure

1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 14 november 2019 van Dexia, met producties,
- de conclusie van antwoord van ██████████, met producties,
- Bij tussenvonnis van 20 februari 2020 is bepaald dat de onderhavige zaak schriftelijk zal worden voortgeprocedeerd. Vervolgens zijn ingediend.
- de conclusie van repliek van Dexia, met producties,
- de conclusie van dupliek van ██████████ met producties.

Vonnis is bepaald op heden.

Gronden van de beslissing

De feiten

2. Als gesteld en onvoldoende weersproken staat vast.

2.1. Dexia Bank Nederland N.V., de vennootschap die aanvankelijk partij was, is na een fusie met haar aandeelhoudster verdwenen als rechtspersoon. Dexia is haar rechtsoptvolgster onder algemene titel. Dexia is tevens de rechtsoptvolgster onder algemene titel van Bank Labouchere N.V., alsmede van Legio-Lease B.V. (hierna: Labouchere of Legio-Lease).

Waar hierna sprake is van Dexia worden haar rechtsvoorgangsters daaronder mede begrepen.

2.2 [REDACTED] heeft de volgende lease-overeenkomst ondertekend waarop hij als lessee stond vermeld, met als wederpartij Dexia:

Nr	Contractnr.	Datum	Naam overeenkomst	Looptijd	Leasesom
I.	20010985	16-07-1998	Capital Effect	180 mnd	f 269.395,20

2.3. Dexia heeft met betrekking tot de lease-overeenkomst een eindafrekening opgesteld met het volgende resultaat:

Nr.	Datum eindafrekening	Resultaat
I.	13-01-2004	- € 453,87

2.4. Volgens opgave van Dexia heeft [REDACTED] op grond van de lease-overeenkomst in totaal een bedrag van € 44.463,56 aan maandtermijnen en een bedrag van € 453,87 aan restschuld aan Dexia betaald. [REDACTED] heeft een bedrag van € 5.243,72 aan dividenden ontvangen. Dexia heeft de aandelen aan [REDACTED] uitgeleverd.

2.5. Bij brief van 14 augustus 2019 heeft Dexia aan [REDACTED] meegedeeld dat Dexia het geschil wil afwikkelen en dat daarvoor noodzakelijk is dat al de van belang zijnde gegevens dienen te worden bekeken of [REDACTED] nog recht heeft op een schadevergoeding. Dexia heeft [REDACTED] verzocht mee te delen of Dexia aan al haar verplichtingen jegens [REDACTED] heeft voldaan en – zo niet – mee te delen en te onderbouwen welk schadebedrag Dexia nog verschuldigd zou zijn.

2.6. [REDACTED] heeft hierop niet gereageerd.

2.7. Bij brief van 19 september 2019 heeft de gemachtigde van Dexia nogmaals aan [REDACTED] meegedeeld dat Dexia het geschil wil afwikkelen en dat daarvoor noodzakelijk is dat al de van belang zijnde gegevens dienen te worden bekeken of [REDACTED] nog recht heeft op een schadevergoeding. [REDACTED] wordt wederom verzocht mee te delen of zij meent nog in aanmerking te komen voor een schadevergoeding en - zo ja - de van belang zijnde gegevens toe te sturen, zodat berekend kan worden of [REDACTED] recht heeft op een vergoeding.

2.8. [REDACTED] heeft hierop niet gereageerd.

3. Vordering

3.1. Dexia vordert primair dat bij vonnis, zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, voor recht wordt verklaard dat Dexia ten aanzien van de tussen haar en [REDACTED] gesloten lease-overeenkomst met nummer 20010985 aan al haar verplichtingen heeft voldaan en derhalve niets meer aan [REDACTED] is verschuldigd. Ten slotte vordert Dexia [REDACTED] te veroordelen tot betaling van de proceskosten.

4. Standpunten Dexia

4.1 Dexia stelt dat zij zich ziet geconfronteerd met de situatie dat [REDACTED] meent aanspraak te maken op een bedrag aan schadevergoeding. Dienaangaande stelt Dexia dat zij

aan al haar verplichtingen heft voldaan en verder ingevolge de geldende jurisprudentie niets meer is verschuldigd. [REDACTED] motiveert en onderbouwt inhoudelijk niet waarom zij meent een vordering op Dexia te hebben. Dexia meent daarom er recht en belang bij te hebben dat de rechtspositie tussen partijen wordt vastgesteld. Zolang deze vaststelling er niet is kan er volgens Dexia nimmer gesteld worden dat het geschil definitief beëindigd is.

4.2. [REDACTED] heeft inhoudelijk verweer gevoerd. [REDACTED] stelt - onder meer - dat Spabel Advies bij de totstandkoming van de onderhavige lease-overeenkomst jegens haar als (beleggings-)adviseur is opgetreden. Spabel Advies had daarvoor niet de benodigde vergunning en handelde daarmee in strijd met artikel 41 NR 1999. Volgens [REDACTED] had Dexia hem niet als cliënt moeten accepteren. Om die reden blijft de vergoedingsplicht van Dexia geheel in stand en heeft Dexia nog niet aan al haar verplichtingen voldaan.

5. Beoordeling van de vorderingen

5.1. Het gaat in deze zaak om een financieel product dat tussen 1990 en 2003 in Nederland ongeveer één miljoen keer is verkocht, namelijk een effectenlease-overeenkomst. Kenmerk van dit product is, dat de [REDACTED] van het product met geleend geld belegt. Na het instorten van de aandelenmarkt zijn vele [REDACTED] geconfronteerd met restschulden en andere verliezen. In de afgelopen 15 á 20 jaar zijn in Nederland hierover duizenden procedures gevoerd, waarbij Dexia vaak één van de procespartijen was. Door belangenbehartigers van [REDACTED] en vertegenwoordigers van aanbieders van deze producten is, in het kader van de WCAM, een regeling getroffen, die bij beschikking van het Gerechtshof Amsterdam van 25 januari 2007 algemeen verbindend is verklaard. Enkele tienduizenden [REDACTED] hebben deze regeling niet geaccepteerd en tijdig een opt-out-verklaring ingediend, waaronder [REDACTED]

5.2 De veelheid van procedures heeft geleid tot veel jurisprudentie, waaronder verschillende richtinggevende arresten van de Hoge Raad. Deze jurisprudentie is bij de gemachtigden van partijen bekend. In het bijzonder gaat het om de arresten van de Hoge Raad van 28 maart 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BC2837), 5 juni 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BH 2815), 29 april 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BP4003), 3 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:164) en 12 april 2019 (ECLI:NL:HR:2019:590) en de arresten van het gerechtshof Amsterdam van 1 december 2009 (ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4981) en 1 april 2014, (ECLI:NL:GHAMS:2014:11363.30). Deze jurisprudentie wordt als leidraad genomen. Door partijen zijn geen (althans onvoldoende) bijzondere omstandigheden gesteld die in deze zaak een afwijking daarvan rechtvaardigen.

5.3. Toepassing van deze maatstaven en beoordelingskaders leidt in het onderhavige geval tot de volgende conclusies:

- A. er is sprake van huurkoop;
- B. er is geen sprake van dwaling, misleidende reclame en/of misbruik van omstandigheden; evenmin is er sprake van (ver)nietig(baar)heid krachtens de Wck;
- C. Dexia heeft haar bijzondere zorgplichten geschonden, in elk geval de waarschuwingsplicht, en daardoor onrechtmatig gehandeld;
- D. [REDACTED] heeft schade geleden, bestaande uit verschuldigde termijnen en restschuld;
- E. er is voldoende causaal verband aanwezig tussen de hiervoor bedoelde schade en de onrechtmatige daad van Dexia.

Tussenpersoon

5.4. In de arresten van 2 september 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2012 en 2016:2015) heeft de Hoge Raad geoordeeld, kort weergegeven, dat indien een cliëntenremisier zich niet beperkt tot het aanbrengen van potentiële cliënten bij een beleggingsinstelling of effecteninstelling, maar hij die belegger tevens in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf adviseert, de aldus handelende cliëntenremisier over een vergunning dient te beschikken. Als de cliëntenremisier geen vergunning heeft en zich niet alleen heeft beperkt tot het aanbrengen van de cliënt maar ook jegens de [REDACTED] als financieel adviseur is opgetreden, handelt zij in strijd met artikel 41 NR 1999. Indien Dexia wist of behoorde te weten dat de cliëntenremisier tevens adviseerde, dan levert dit een (extra) onrechtmatigheidsgrond jegens de [REDACTED] van het effectenproduct op. Gelet op de uiteenlopende ernst van de wederzijds gemaakte fouten, eist de billijkheid in dat geval in beginsel dat de vergoedingsplicht van Dexia geheel in stand blijft zowel wat betreft een eventuele restschuld als wat de door de particuliere belegger reeds betaalde rente, aflossing en kosten aangaat. Dit geldt ook als de mogelijke financiële gevolgen van de leaseovereenkomst geen onaanvaardbaar zware financiële last voor de [REDACTED] vormden.

5.5. [REDACTED] heeft de overeenkomst met Dexia afgesloten via tussenpersoon Spabel Advies. Tussen partijen is niet in geschil dat Spabel Advies niet beschikt over de voor beleggingsadvieswerkzaamheden noodzakelijke vergunning. Beoordeeld moet daarom worden of Spabel Advies beleggingsadvieswerkzaamheden verrichtte en of Dexia daarvan op de hoogte was of behoorde te zijn.

Partijen zijn het erover eens dat van advisering sprake is indien een aanprijzing wordt toegesneden op de persoonlijke financiële situatie en/of als een product (in dit geval een effectenleaseovereenkomst) als vanwege diens financiële situatie geschikt voor de betrokken persoon wordt aanbevolen. De stelplicht en bewijslast dat de tussenpersoon haar in voormelde zin heeft geadviseerd en dat Dexia wetenschap had althans behoorde te hebben van het feit dat de tussenpersoon [REDACTED], anders dan in algemene zin, een persoonlijk en specifiek op dit product toegesneden advies heeft verstrekt, rusten op [REDACTED]

5.6. [REDACTED] stelt hierover het volgende:
[REDACTED] is telefonisch benaderd door Spabel Advies. Volgens [REDACTED] is een adviseur bij hem op huisbezoek geweest. Tijdens dat gesprek zijn de financiële wensen besproken en is hem een prognose voorgehouden. [REDACTED] heeft naar aanleiding van dit gesprek het aanmeldformulier ingevuld. De overeenkomst werd hem toegezonden, welke hij heeft ondertekend en geretourneerd. De tussenpersoon heeft meer gedaan dan enkel het aanbrengen van [REDACTED] als mogelijke klant. [REDACTED] stelt dat zij aanspraak kan maken op een schadevergoeding, welke vergoeding onder meer de door hem betaalde inleg behelst.

5.7. Nu Dexia voldoende gemotiveerd heeft betwist dat Spabel Advies een dergelijk advies heeft gegeven en [REDACTED] bovengenoemde stellingen niet dan wel onvoldoende met stukken heeft onderbouwd, zullen bovenbedoelde stellingen niet komen vast te staan zonder bewijslevering.

5.8. Omdat [REDACTED] een beroep doet op de billijkheidsgronden als bedoeld in artikel 6:101 BW en daaraan bovenbedoelde feiten en omstandigheden ten grondslag legt, berust de bewijslast ten aanzien van die feiten en omstandigheden bij [REDACTED]. Dit is bovendien ook redelijk aangezien het feiten en omstandigheden betreffen die zich voornamelijk in de privésfeer van [REDACTED] bevinden of zich hebben bevonden.

5.9. Indien komt vast te staan dat Spabel Advies aan [REDACTED] een persoonlijk financieel advies heeft gegeven, wordt nog het volgende overwogen. [REDACTED] stelt dat Dexia wist, althans behoorde te weten, dat Spaar Select een op de persoon van [REDACTED] toegesneden beleggingsadvies heeft gegeven. Dexia betwist dit.

In diverse uitspraken van verschillende rechtbanken is overwogen en beslist dat in zijn algemeenheid uit de door Leaseproces in vele procedures (waaronder deze) overgelegde stukken het beeld naar voren komt, dat Dexia ermee bekend moet zijn geweest dat Spabel Advies op grote schaal individueel persoonlijk financieel advies gaf. De rechtbank betreft hierbij ook het oordeel van het Gerechtshof Den Haag, neergelegd in het arrest van 12 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2530, waarin is geoordeeld over de wetenschap destijds van Dexia, haar gerichtheid op het op grote schaal door tussenpersonen adviseren over effectenleaseproducten, ook door cliëntenremisiers, de wetenschap van Dexia van de op stelselmatig adviseren gerichte werkwijze van Spabel Advies en het belang van Spabel Advies als tussenpersoon. Er bestaat geen aanleiding om in de huidige procedure omtrent deze stukken een ander oordeel te geven.

5.10. Hoewel het voorgaande betrekking heeft op de algemene gang van zaken bij de verkoop en bemiddeling van beleggingsproducten via en door tussenpersonen en daaruit niet blijkt dat Dexia concrete wetenschap heeft gehad van de (eventuele) advisering van Spabel Advies aan [REDACTED], komt uit deze stukken wel naar voren dat Dexia ermee bekend moet zijn geweest dat Spabel Advies op grote schaal individueel persoonlijk financieel advies gaf. Het had daarom op de weg van Dexia gelegen om bij de totstandkoming van leaseovereenkomsten, zoals in dit geval de overeenkomst met [REDACTED], navraag te doen bij Spabel Advies of de desbetreffende klant de overeenkomst(en) is aangegaan op advies van Spabel Advies, teneinde te kunnen beoordelen of zij de overeenkomst(en) met [REDACTED] kon en mocht aangaan. Dat Dexia in deze zaak enig concreet hierop gericht onderzoek heeft verricht is gesteld noch gebleken.

5.11. De beslissing of voor het eindvonnis in deze zaak een bewijslevering noodzakelijk is als hiervoor bedoeld in r.o. 5.7 en 5.8., zal worden aangehouden in verband met het volgende.

Order

5.12. Partijen hebben verder gedebatteerd over de vraag of het toezenden van het aanvraagformulier door de tussenpersoon aan Dexia als het doorgeven van een order kan worden beschouwd. Als dat zo is, dan diende de tussenpersoon over een vergunning ingevolge art. 7 lid 1 Wte 1995 te beschikken. Vaststaat dat de tussenpersoon die vergunning niet had. Op grond van art. 41 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer (NR) 1999 had Dexia in dat geval de order niet van de tussenpersoon mogen accepteren. Dexia dient, aldus [REDACTED] (ook) daarom de schade van [REDACTED] volledig te vergoeden. [REDACTED] heeft niet alleen gesteld dat het aanvraagformulier als een order moet worden aangemerkt, maar dat 'in ieder geval' het door de tussenpersoon aan Dexia retour gezonden effectenleasecontract een order is. Het debat over deze stelling is niet uit de verf gekomen.

Uit de stellingen van [REDACTED] kan volgen dat de tussenpersoon de door [REDACTED] ondertekende overeenkomst aan Dexia heeft gezonden. Dexia heeft betwist dat dit het geval is geweest. Partijen zullen in de gelegenheid worden gesteld hun stellingen op dit punt nader aan te vullen en toe te lichten.

In het hierna volgende zal worden ingegaan op de (mogelijke) consequenties indien komt vast te staan dat de getekende overeenkomst door de tussenpersoon aan Dexia is verzonden. Partijen zullen eveneens in staat worden gesteld om zich uit te laten over die consequenties

5.13. De kantonrechter is voorlopig van oordeel dat indien dat heeft plaatsgevonden het retourneren van het ondertekende effectenleasecontract door de tussenpersoon als het doorgeven van een order kan worden beschouwd. De kantonrechter gaat bij dit oordeel uit van het volgende.

5.14. De tussenpersoon heeft het door [REDACTED] ondertekende aanvraagformulier aan Dexia verzonden. Naar aanleiding daarvan heeft Dexia de effecten verworven. Die effecten zijn op grond van de Wet giraal effectenverkeer op naam van Dexia in een verzameldepot bijgeschreven.

5.15. Na de ontvangst van het ondertekende aanvraagformulier heeft Dexia het effectenleasecontract aan de tussenpersoon toegestuurd om het door [REDACTED] te laten ondertekenen en vervolgens aan haar terug te laten sturen. Nadat Dexia het ondertekende contract had ontvangen, zijn de effecten onder de opschortende voorwaarde van de volledige betaling van de leasetermijnen in de administratie van Dexia op naam van [REDACTED] bijgeschreven. Met deze voorwaardelijke bijschrijving van de effecten was de aflevering aan [REDACTED] voltooid omdat die het genot van de effecten verkreeg (aldus: HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837).

5.16. Uit het arrest van de Hoge Raad van 24 april 2020 (ECLI:NL:HR:2020:809, rov. 3.4.2) volgt, dat van een order als bedoeld in de destijds toepasselijke Richtlijn Beleggingsdiensten (93/22/EEG) en de daarop gebaseerde Wte 1995 sprake is, als de order *'uitvoerbaar'* is dat wil zeggen *'dat de inhoud daarvan zodanig specifiek is dat daarop een of meer concrete transacties in bepaalde financiële instrumenten kunnen worden gebaseerd die voor rekening van de cliënt komen.'* Het moet gaan, zo volgt uit rov. 3.5.2 van het arrest, om *'een voldoende duidelijke specificatie (...) van het soort transactie dat moet worden verricht en van de effecten waarop de voorgenomen transactie betrekking heeft, zowel naar soort als naar aantal of naar het met de transactie in één bepaald effect gemoeide bedrag.'*

5.17. Het effectenleasecontract bevat deze specifieke informatie. De overeenkomst vermeldt immers de transactie, te weten het leasen van effecten (lees: huurkoop), de aan te kopen effecten, de aantallen effecten, de koersen, en het totale aankoopbedrag. Het aanvraagformulier bevat deze gegevens niet. Op grond van de gegevens vermeld in het contract wist Dexia precies welke effecten en het aantal effecten zij op naam (en voor rekening) van [REDACTED] wegens huurkoop diende te administreren.

5.18. Uit de toepasselijke voorwaarden volgt, dat de effectenleaseovereenkomst niet tot stand is gekomen indien het contract niet binnen één maand na de datum van de overeenkomst en ondertekend door [REDACTED] door Dexia is ontvangen. De betekenis van het aanvraagformulier is dus beperkt. Pas na het retourneren van het ondertekende contract werden de effecten door Dexia op naam van [REDACTED] (voorwaardelijk) bijgeschreven.

5.19. De voorlopige slotsom is dat het retourneren van het ondertekende [REDACTED] en Dexia bindende effectenleasecontract op grond van de daarin opgenomen specifieke informatie en op grond van de omstandigheid dat de effecten vanaf dat moment op naam van [REDACTED] werden bijgeschreven, als het doorgeven van een order kan worden geduid. Hieraan doet niet af dat Dexia de effecten daarvoor al had verworven. De order werd immers pas uitgevoerd, dat wil zeggen de effecten werden op naam van [REDACTED] bijgeschreven, na de

ontvangst van het ondertekende contract. De in het contract vermelde 'aankoop-/valutadatum' van de effecten is dan ook door Dexia in haar administratie als orderdatum opgenomen. Indien de ondertekende overeenkomst door PMA Consultancy werd geretourneerd, heeft zij de order doorgegeven.

5.20. Uit HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012 en HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935 volgt dat het contracteren met een afnemer in weerwil van een wettelijk verbod (art. 41 NR 1999) Dexia zwaar moet worden aangerekend. De eis dat een orderremisier over een vergunning moet beschikken is gesteld om een afnemer in bescherming te nemen. Dit leidt ertoe dat met inachtneming van art. 6:101 BW de door de afnemer geleden schade volledig moet worden vergoed.

5.21. De kantonrechter zal partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over het voorlopig oordeel en de daaraan ten grondslag liggende feiten en omstandigheden als bedoeld in de r.o. 5.14 tot en met 5.20. Het ligt voor de hand eerst Dexia aan het woord te laten en vervolgens [REDACTED]

De kantonrechter heeft kennisgenomen van de beslissing van 21 juli jl. van het hof Den Haag tot inwilliging van een verzoek van Dexia tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor om bewijs te verkrijgen dat het AFM in 2002 van oordeel was dat het inzenden van een aanvraagformulier niet vergunningplichtig was. De uitkomst kan van belang zijn voor het verdere verloop van de procedures waarbij een tussenpersoon betrokken is geweest. Partijen worden in de gelegenheid gesteld zich hieromtrent nader uit te laten en relevante stukken in het geding te brengen.

5.22. In afwachting hiervan zal iedere verdere beslissing – waaronder begrepen de beoordeling van het beroep van [REDACTED] op de beleggingstechnische tekortkomingen van de producten en de gevolgen daarvan - worden aangehouden..

Beslissing

De kantonrechter:

- I. stelt Dexia in de gelegenheid om zich bij akte uit te laten als hiervoor geformuleerd in r.o. 5.21;
- II. verwijst de zaak naar de rolzitting van donderdag 29 oktober 2020 te 10.00 uur;
- III. houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus gewezen door mr. C.L.J.M. de Waal, kantonrechter, ter openbare terechtzitting van 1 oktober 2020 in tegenwoordigheid van de griffier.

De griffier



Voor afschrift conform

[REDACTED] bank Amsterdam

De kantonrechter

