

RECHTBANK OVERIJSEL

Team kanton en handelsrecht
Zittingsplaats Zwolle

Zaaknr. : 7225103 CV EXPL 18-5013

Datum : 21 januari 2020

Vonnis in de zaak van:

██████████,
wonende te Heino,
eisende partij,
verder te noemen ██████████
gemachtigde mr. G. van Dijk,

tegen

de naamloze vennootschap AEGON BANK N.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
gedaagde partij,
verder te noemen Aegon,
gemachtigde mr. D.H. Huizer.

Verloop van de procedure

De kantonrechter heeft kennisgenomen van de volgende processtukken:

- dagvaarding van 17 september 2018
- conclusie van antwoord
- conclusie van repliek
- conclusie van dupliek.

Geschil

██████████ vordert het volgende:

1. de verklaring voor recht dat Aegon jegens hem toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld door schending van de in de dagvaarding genoemde zorgplichten;
2. de veroordeling van Aegon tot betaling aan hem van al hetgeen hij onder de litigieuze overeenkomst heeft betaald, te vermeerderen met wettelijke rente, telkens vanaf de dag van de door hem gedane betalingen tot de dag van de voldoening;
3. de verklaring voor recht dat hij de nog openstaande restschuld uit hoofde van de overeenkomst niet aan Aegon is verschuldigd;
4. de veroordeling van Aegon tot betaling aan hem van de buitengerechterlijke kosten, forfaitair vast te stellen op twee punten van het toepasselijke liquidatietarief in eerste aanleg met een maximum van 15% van de hoofdsom, te vermeerderen met de btw, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag;
5. de veroordeling van Aegon in de proceskosten inclusief maximaal € 100,00 nakosten.

Aegon heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van [REDACTED] uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de achtste dag nadat het vonnis is gewezen.

Vaststaande feiten en omstandigheden

- 1.1 [REDACTED] heeft met Aegon Financiële Diensten B.V., de rechtsvoorganger van Aegon, in juni 2001 een effectenleaseovereenkomst gesloten, genaamd *Vermogens Vliegwiél-extra*, genummerd 16006701.
- 1.2 De overeenkomst is tot stand gekomen met hulp van een medewerkster van *Futurion Pensioenen* (hierna: Futurion), mevrouw B. Thüss.
Op haar visitekaartje staat onder meer: *Financieel adviseur*.
In de effectenleaseovereenkomst staat onder meer:
11. Cliënt verleent AEGON toestemming om de hieronder genoemde adviseur inzage te geven in deze overeenkomst en daaraan gerelateerde informatie.
(...)
Adviseur: FUTURION PENSIOENEN... 794537.
- 1.3 Thüss heeft tijdens een huisbezoek bij [REDACTED] zijn pensioensituatie besproken en daarbij aantekeningen gemaakt.
- 1.4 Op 14 juni 2001 is door [REDACTED] een aanvraagformulier ingevuld en ondertekend, waarmee hij te kennen heeft gegeven een overeenkomst *Vermogens Vliegwiél-extra* te wensen met een eenmalige storting van ongeveer f 12.500 en maandelijks te betalen termijnen van f 250.
Op het formulier staat onder meer:
Tussenpersoonnummer 794537 Futurion
Brigitte Thüss
Het formulier is op 15 juni 2001 door Futurion gefaxt.
- 1.5 Op 20 juni 2001 heeft Aegon aan [REDACTED] een brief toegestuurd waarin onder meer het volgende staat: *Zoals u op uw aanvraag voor Vermogens Vliegwiél Extra heeft aangegeven, wilt u die eerste zestig maandtermijnen van uw contract ineens voldoen.*
- 1.6 De leasetermijnen van € 114,06 (f 251,36) bestonden uit kosten, rente en aflossing en dienden gedurende 240 maanden te worden betaald. De eerste 60 termijnen zijn met een korting van 20% vooruitbetaald, te weten f 12.065,31. Na 90 maanden kon [REDACTED] de overeenkomst eventueel beëindigen.
- 1.7 Bij brief van 8 juni 2006 heeft Leaseproces aan [REDACTED] bevestigd bereid te zijn namens hem een procedure tegen Aegon te voeren. Op 18 juni 2006 heeft Leaseproces namens [REDACTED] een brief aan Aegon gestuurd waarin onder meer is aangedrongen op terugbetaling van de door hem betaalde bedragen. Op 23 juni 2006 heeft Aegon aan Leaseproces inzake [REDACTED] een brief gestuurd over de wat Aegon betreft toe te passen Duisenbergregeling en een coulanceregeling.
- 1.8 De overeenkomst is vervolgens in april 2009 door Aegon wegens een betalingsachterstand tussentijds beëindigd en de effecten zijn daarom verkocht. De daardoor ontstane restschuld van [REDACTED] (inclusief achterstallige termijnen en dividend) van € 6.499,59 staat nog open.

1.10 Op 16 augustus 2018 heeft Leaseproces namens ██████ een brief aan Aegon gestuurd. In deze brief is Aegon onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 2 september 2016 gesommeerd om alle betaalde bedragen, vermeerderd met rente en incassokosten, terug te betalen.

Standpunt ██████

2. ██████ stelt, op hoofdlijnen, dat Aegon onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Aegon heeft haar zorgplichten jegens hem geschonden. Zij heeft hem immers niet indringend en in niet mis te verstane woorden gewaarschuwd voor het risico dat een schuld zou kunnen resteren (waarschuwingsplicht), en zij heeft geen, althans onvoldoende onderzoek gedaan naar zijn financiële positie ten einde te kunnen vaststellen of hij zijn verplichtingen jegens haar wel zou kunnen nakomen (onderzoeksplicht). Ook heeft Aegon een tussenpersoon, Futurion, in de arm genomen die hem heeft geadviseerd zonder dat deze tussenpersoon over de daarvoor vereiste vergunning beschikte. Ook is Futurion opgetreden als orderremisier, wat haar zonder de vereiste vergunning evenmin was toegestaan. Aegon had hem daarom als klant behoren te weigeren. Vanwege dit laatste is niet van belang of Aegon ook haar eerdergenoemde onderzoeksplicht heeft geschonden. Immers, ook als de overeenkomst geen onaanvaardbaar zware financiële last vormde, is Aegon gehouden de schade van ██████ 100% te vergoeden, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012.

Standpunt Aegon

3. Aegon verweert zich, eveneens op hoofdlijnen, met de volgende stellingen. De overeenkomst is een aflossingsproduct waardoor aan het einde van de looptijd geen schuld kon resteren. ██████ heeft niets gesteld omtrent zijn toenmalige financiële positie, zodat niet vaststaat dat de effectenleaseovereenkomst voor hem een onaanvaardbaar zware financiële last vormde. Er bestaat dus geen causaal verband tussen de schending van de onderzoeksplicht en de schade. Dit betekent dat het bedrag van de betaalde inleg niet voor vergoeding in aanmerking komt. Omdat ██████ zelf heeft veroorzaakt dat de overeenkomst tussentijds is beëindigd, waardoor een restschuld is ontstaan, bestaat er ook geen verband tussen de schending van de waarschuwingplicht en het bedrag van de restschuld. ██████ zou de overeenkomst ook hebben gesloten indien hij was gewaarschuwd voor een mogelijke restschuld. Van beleggingsadviezen verstrekt door Futurion is geen sprake geweest, en als dat al wel het geval is geweest, dan wist Aegon dat niet. Futurion is niet door Aegon ingeschakeld; zij opereerde zelfstandig. De effectenleaseovereenkomst zelf was geen effect of een daarmee gelijk te stellen waardepapier, maar een middel om dat te verwerven. De gevorderde incassokosten doorstaan niet de dubbele redelijkheidstoets en die kosten zijn niet gemaakt. Aegon heeft bezwaar tegen de gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad.

Beoordeling

Uitgangspunten bij de beoordeling

4.1 De kantonrechter ontleent aan het arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935 de volgende samenvatting van de jurisprudentie inzake effectenleaseovereenkomsten.

4.2 In verband met de risicovolle aard van effectenleaseproducten rustten op Aegon als professionele dienstverlener bijzondere zorgplichten tegenover particuliere beleggers. Uit dien

hoofde was zij als aanbieder verplicht de particuliere belegger te waarschuwen voor het restschuldrisico. Voorts was zij gehouden onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van de particuliere belegger. Ook diende zij deze belegger, indien daartoe aanleiding bestond, af te raden de leaseovereenkomst aan te gaan. Deze zorgplicht ging echter – behoudens bijzondere omstandigheden – niet zo ver dat zij diende te weigeren een leaseovereenkomst te sluiten.

4.3 Deze waarschuwingsplicht en de verplichting inlichtingen in te winnen over inkomen en vermogen van de potentiële particuliere afnemer hebben een algemeen karakter, dat in belangrijke mate is verbonden aan de risicovolle aard van het effectenleaseproduct, dat aan een breed publiek is aangeboden. De verplichting de afnemer bij het aangaan van de leaseovereenkomst indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico, strekt ertoe de potentiële particuliere wederpartij te informeren over, en hem te waarschuwen tegen, het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's, of van risico's die hij redelijkerwijs niet kan dragen.

4.4 De schade als gevolg van de niet-inachtneming van de hiervoor genoemde zorgplichten (de waarschuwingsplicht en de informatieplicht) door de aanbieder dient in verband met de eigen schuld van de afnemer in beginsel te worden verdeeld volgens de verhouding een derde voor de belegger en twee derden voor de aanbieder.

4.5 Indien de aanbieder had moeten begrijpen dat de mogelijke financiële gevolgen van de leaseovereenkomst een onaanvaardbaar zware last voor de afnemer vormden, dient de schade tussen partijen te worden verdeeld zowel wat betreft de eventuele restschuld als wat betreft de reeds betaalde rente, aflossing en kosten. Indien echter geen sprake was van een onaanvaardbaar zware last, dient uitsluitend het bedrag van de eventuele restschuld naar deze maatstaf tussen partijen te worden verdeeld en strekt de verplichting tot schadevergoeding van de aanbieder zich niet mede uit over de door de afnemer betaalde rente, aflossing en kosten.

4.6 In twee arresten van de Hoge Raad, waaronder het hiervoor genoemde arrest en het eerdere arrest van 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012 is de Hoge Raad ingegaan op de invloed van het adviseren door een tussenpersoon, uitgaande van een schending van de precontractuele, bijzondere zorgplichten. In beide arresten heeft de Hoge Raad, samengevat, geoordeeld dat indien een cliëntenremisier zich niet heeft beperkt tot het aanbrengen van een potentiële cliënt bij een beleggingsinstelling of effecteninstelling, maar hij die cliënt tevens in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf heeft geadviseerd, de aldus handelende cliëntenremisier over een daartoe vereiste vergunning diende te beschikken. Als de cliëntenremisier die vergunning niet had en zich niet alleen heeft beperkt tot het aanbrengen van de cliënt, maar jegens hem ook als financieel adviseur is opgetreden en Aegon daarvan op de hoogte was of behoorde te zijn, dan heeft Aegon in strijd met artikel 41 van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (NR 1999) gehandeld. Dit levert, naast de mogelijke schending door Aegon van de op haar rustende bijzondere zorgplichten, een extra onrechtmatigheidsgrond op jegens de afnemer van het effectenleaseproduct. Deze extra onrechtmatigheidsgrond is des te ernstiger omdat op de beleggingsadviseur een bijzondere zorgplicht rust jegens de cliënt, zulks ter bescherming tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van lichtvaardigheid. Gelet op de uiteenlopende ernst van de wederzijds gemaakte fouten eist de billijkheid in dat geval dat de vergoedingsplicht van Aegon in beginsel geheel in stand blijft, zowel wat betreft een eventuele restschuld als wat de door de particuliere belegger reeds betaalde rente, aflossing en kosten aangaat. Dat geldt ook als de mogelijke financiële gevolgen van de effectenleaseovereenkomst geen onaanvaardbaar zware last voor de afnemer vormden.

4.7 Uit het arrest van 12 oktober 2018 volgt ook (rov. 3.6.4), dat als de overeenkomst in strijd met artikel 41 NR 1999 tot stand is gekomen niet voorop staat dat Aegon haar zorgplichten heeft geschonden, maar dat zij in weerwil van de ontbrekende vergunning de afnemer als klant heeft geaccepteerd. Artikel 41 NR 1999 strekt er nu juist toe de klant te beschermen tegen het aangaan van een beleggingsovereenkomst na verkregen advies van een daartoe niet bevoegd adviseur. Aegon had de klant in dat geval hoe dan ook moeten weigeren. De inhoud van het advies van de adviseur is in dat geval niet meer van belang, evenmin als het eventueel eigen inzicht van de afnemer.

4.8 De kantonrechter leidt uit deze arresten af dat de eventuele samenloop van de schending van de bijzondere zorgplichten en van artikel 41 NR 1999 maakt, dat Aegon de schade (inleg en restschuld) in beginsel volledig dient te vergoeden. Daarbij verdient aantekening dat de schending van artikel 41 NR 1999 alleen van belang is bij de verdeling van de schade op de voet van artikel 6:101 BW (dat wil zeggen: de billijkheidscorrectie), omdat Dorgelo deze schending niet als een afzonderlijke grondslag voor de aansprakelijkheid van Aegon heeft aangevoerd. Zie ook rov. 3.6.5. van het arrest van 12 oktober 2018: *Bij het vorenstaande is niet van belang of de vordering die zou kunnen worden gebaseerd op schending van artikel 41 NR 1999, is verjaard. Er is immers in de gevallen waar het hierover gaat, geen sprake van een dergelijke vordering. De schending van art. 41 NR 1999 speelt daarin slechts een rol bij de billijkheidsafweging als bedoeld in art. 6:101 lid 1 BW.* Anders gezegd: de schending van de bijzondere zorgplichten kan op grond van artikel 6:162 BW (het c.s.q.n.-verband) en 6:98 BW (de toerekening) tot aansprakelijkheid van Aegon leiden. De schending van artikel 41 NR 1999 kan op grond van artikel 6:101 BW (de billijkheidscorrectie) tot een zodanige schadeverdeling leiden, dat zij 100% van de schade dient te vergoeden.

4.9 In de onderhavige zaak borduurt [REDACTED] onder meer op de hiervoor besproken jurisprudentie voort: de aansprakelijkheid van Aegon volgt volgens zijn stellingen uit de schending van haar zorgplichten; de schending van artikel 41 NR 1999 leidt volgens zijn stellingen tot haar plicht zijn schade volledig te vergoeden.

4.10 De kantonrechter stelt vast, ook gelet op het debat tussen partijen, dat in elk geval de volgende vragen bespreking verdienen:

- a. heeft Aegon haar onderzoeksplicht geschonden?
- b. heeft Aegon haar waarschuwplicht geschonden?
- c. bestaat er causaal verband tussen de zorgplichtschending en de schade?
- d. heeft Thüss van Futurion [REDACTED] geadviseerd?
- e. betrof het advies een beleggingsadvies?
- f. wist Aegon of behoorde zij te weten dat [REDACTED] was geadviseerd?
- g. hoeveel bedraagt de door Aegon te vergoeden schade van [REDACTED]?

a. Heeft Aegon haar onderzoeksplicht geschonden?

5.1 Op Aegon rustten zorgplichten, te weten een waarschuwplicht en een onderzoeksplicht. Indien daartoe aanleiding bestond diende zij de effectenleaseovereenkomst(en) te ont-raden (HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012).

5.2 [REDACTED] heeft zijn stelling dat Aegon geen, althans onvoldoende onderzoek heeft ge-daan naar zijn financiële positie niet onderbouwd en toegelicht, met name heeft [REDACTED] niet gesteld dat de overeenkomst een onaanvaardbaar zware financiële last voor hem vormde. Dat Aegon haar onderzoeksplicht naar zijn inkomens- en vermogenspositie heeft geschonden kan

daarom niet worden aanvaard. Het voorbehoud dat [REDACTED] op dit punt heeft gemaakt, kan hem niet baten. Indien hij van mening is dat de onderzoeksplicht is geschonden en de overeenkomst een onaanvaardbaar zware financiële last vormde, dan had hij dat niet alleen moeten stellen maar ook moeten toelichten en onderbouwen. Nu hij dat laatste heeft nagelaten, zal aan zijn stelling op dit punt voorbij worden gegaan.

5.3 Dat Aegon haar onderzoeksplicht als onderdeel van haar zorgplicht heeft geschonden, wordt niet aangenomen. Uitgangspunt is dat de betalingsverplichtingen uit hoofde van de effectenleaseovereenkomst geen onaanvaardbaar zware last voor [REDACTED] vormden.

b. Heeft Aegon haar waarschuwingsplicht geschonden?

6.1 Op Aegon rustte de plicht [REDACTED] duidelijk en in niet mis te verstane woorden te waarschuwen voor het restschuldrisico, dat wil zeggen het risico dat de verkoopopbrengst van de effecten bij (tussentijdse) beëindiging onvoldoende was om het bedrag van de geldlening terug te betalen (HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815). [REDACTED] stelt dat hij niet voor dit risico is gewaarschuwd.

6.2 De kantonrechter is van oordeel dat Aegon niet, althans onvoldoende de stelling heeft bestreden dat de waarschuwingsplicht is geschonden. Immers, Aegon heeft niet gesteld dat en op welke manier [REDACTED] duidelijk en in niet mis te verstane bewoordingen is gewaarschuwd voor het restschuldrisico.

6.3 Aangenomen wordt daarom dat Aegon haar waarschuwingsplicht, als onderdeel van haar zorgplicht, heeft geschonden.

c. Bestaat er causaal verband tussen de schending van de waarschuwingsplicht en de schade?

7.1 De stelling van Aegon is onjuist dat er geen causaal verband bestaat tussen de schending van de waarschuwingsplicht en de restschuld (reeds) omdat bij betaling van alle termijnen geen restschuld kon ontstaan. Weliswaar is juist dat de schuld gedurende de looptijd van de overeenkomst volledig werd afgelost als alle termijnen werden voldaan (de overeenkomst is een zogeheten aflossingsproduct en geen restschulproduct), maar Aegon had rekening kunnen en behoren te houden met de mogelijkheid van een tussentijdse beëindiging van de overeenkomst. Die mogelijkheid heeft zich bij [REDACTED] voorgedaan. De overeenkomst is tussentijds beëindigd en na de verkoop van de effecten resteerde een restschuld. Aegon had daarvoor indringend moeten waarschuwen. Daaraan doet niet af dat [REDACTED] zelf heeft veroorzaakt dat de overeenkomst tussentijds is beëindigd door de termijnbetalingen te staken. Het andersluidende standpunt van Aegon is reeds verworpen in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, rechtsoverweging 4.10.3 dat, voor zover van belang, als volgt luidt:

4.10.3 Het hof heeft geoordeeld dat op Dexia als bijzonder deskundig te achten financiële dienstverlener de verplichting rustte ten aanzien van het onderhavige, risicovolle en complexe aflossingsproduct dat aan een breed publiek is aangeboden, zich adequaat de belangen van [De T.] aan te trekken door indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst kan optreden. Dat oordeel geeft, gelet op de maatschappelijke functie van een effecteninstelling als Dexia en haar deskundigheid, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel dat Dexia in de nakoming van die verplichting is tekortgeschoten is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Anders dan in onderdeel 1.a (i) wordt betoogd, staat de omstandigheid dat [De T.] dit restschuldrisico had kunnen vermijden door gedurende de maximale looptijd aan zijn betalingsverplichtingen te blijven voldoen, niet in de weg aan het aannemen van de bedoelde waarschuwingsplicht en aan aansprakelijkheid van Dexia wegens schending daarvan. Deze waarschuwingsplicht dient immers juist ertoe [De T.] onmiskenbaar duidelijk te maken dat de in de

overeenkomst voorziene mogelijkheid van tussentijdse beëindiging bij dit aflossingsproduct een restschuld tot gevolg kan hebben. Schending van die plicht brengt mee dat Dexia niet aan [De T.] kan tegenwerpen dat hij een restschuld zou hebben vermeden indien hij gedurende de maximale looptijd aan zijn betalingsverplichtingen was blijven voldoen: voor dat gevolg was hij nu juist niet voldoende adequaat gewaarschuwd. Het hof heeft in dit verband bovendien vastgesteld dat in de door Dexia verstrekte informatie wordt melding gemaakt van een flexibele looptijd met de mogelijkheid de overeenkomst na een minimale looptijd van vijfjaar kosteloos te beëindigen, terwijl eerst na ommekomst van de in de overeenkomst voorziene looptijd van twintig jaar de overeenkomst zonder het risico van een restschuld zou kunnen worden beëindigd.

7.2 Volgens Aegon ontbreekt het causaal verband van artikel 6:162 BW (dus in de zin van *condicio-sine-qua-non*) tussen de schending van de waarschuwingsplicht en de schade ook, omdat [REDACTED] de overeenkomst ook zou zijn aangegaan als hij wel indringend was gewaarschuwd voor het restschuldrisico.

[REDACTED] heeft gesteld dat hij de overeenkomst niet zou hebben gesloten als Aegon hem had gewaarschuwd.

7.3 De kantonrechter stelt vast dat de Hoge Raad in het arrest van 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 het volgende heeft overwogen inzake stel- en verweerplicht en bewijslastverdeling:

5.4.2 In beginsel dient de afnemer volgens de hoofdregel van art. 150 Rv. te stellen en bij voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen dat voldoende causaal verband bestaat tussen de schade die hij stelt te hebben geleden en de schending van deze zorgplichten.

5.4.3 Waar de verplichtingen waarin de aanbieder is tekortgeschoten ertoe strekken te voorkomen dat een potentiële particuliere wederpartij lichtvaardig of met ontoereikend inzicht de effectenlease-overeenkomst sluit, kan - behoudens voldoende door de aanbieder gestelde en te bewijzen aangeboden feiten en omstandigheden waaruit anders kan blijken - het aangaan van de overeenkomst aan de aanbieder worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW, zodat de aanbieder in beginsel als schade dient te vergoeden de nadelige financiële gevolgen voor de afnemer van het aangaan van de overeenkomst. Onder die schade kan niet alleen de gerealiseerde restschuld worden begrepen, doch tevens de reeds betaalde rente en, in voorkomende gevallen, de reeds betaalde aflossing.

*5.5.1 Van het in art. 6:98 BW bedoelde oorzakelijk verband kan overigens eerst sprake zijn, indien is voldaan aan de eis van *condicio-sine-qua-non*-verband als bedoeld in art. 6:162 BW. Voor de gevallen waarin door de aanbieder van het effectenleaseproduct is aangevoerd dat de afnemer de overeenkomst toch zou hebben gesloten, ook indien de aanbieder aan de op hem rustende zorgplicht had voldaan, verdient het volgende aantekening.*

5.5.2 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest zo aanzienlijk, dat - behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel - ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.

5.5.3 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de financiële positie van de afnemer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst toereikend was om zijn betalingsverplichtingen uit die overeenkomst, waaronder de mogelijke (maximale) restschuld, na te komen, zal - in verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingsplicht ook ertoe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's - het verweer van de aanbieder dat de afnemer de overeenkomst ook zou zijn aangegaan indien de aanbieder niet in zijn zorgplicht was tekortgeschoten, in het licht van de desbetreffende stellingen van de afnemer voldoende concreet moeten zijn onderbouwd. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, kan eveneens tot uitgangspunt worden genomen dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.

7.4 Op grond van de omstandigheid dat niet kan worden aangenomen dat de effectenlease-overeenkomst een onaanvaardbaar zware financiële last vormde, bezien in verbinding met de

laatst geciteerde rechtsoverweging (5.5.3), dient Aegon, in het licht van de desbetreffende stellingen van [REDACTED] voldoende concreet te onderbouwen dat hij de overeenkomst ook zou hebben gesloten als hij wel voldoende voor het restschuldrisico was gewaarschuwd.

7.5 [REDACTED] heeft gesteld dat het hier besproken causaal verband aanwezig is en dat hij de overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien Aegon de op haar rustende verplichting tot waarschuwing was nagekomen.

7.6 Aegon heeft aangevoerd dat [REDACTED] de overeenkomst ook zou hebben gesloten als hij wel uitdrukkelijk was gewaarschuwd voor het restschuldrisico. Zij heeft gewezen op het motief van [REDACTED] (vermogensopbouw), die een hoog rendement wilde en daarom *kennelijk* een hoog risico heeft aanvaard. Volgens Aegon is daarom aannemelijk dat [REDACTED] de overeenkomst ook zou hebben gesloten indien hij uitdrukkelijk was gewezen op het risico van een (tussentijdse) restschuld.

7.7 De kantonrechter is van oordeel dat Aegon in het licht van de stellingen van [REDACTED] onvoldoende het causaal verband van artikel 6:162 BW heeft bestreden. Immers, de vraag is niet om welke reden [REDACTED] de effectenleaseovereenkomst heeft gesloten. Uiteraard was dat omdat hij er beter van wilde worden. De vraag is of hij, ervan uitgaande dat hij er beter van wilde worden, de overeenkomst ook zou hebben gesloten als hij ervoor was gewaarschuwd dat hij bij een tussentijdse beëindiging niet alleen zijn inleg zou kunnen verliezen maar zelfs met een restschuld zou kunnen blijven zitten, doordat de geldlening met de verkoopopbrengst van de effecten niet volledig zou kunnen worden afgelost. Dat ook onder die omstandigheid [REDACTED] de overeenkomst zou hebben gesloten, en dat risico dus op de koop toe heeft genomen, ligt niet in het verweer van Aegon besloten. Dat [REDACTED] volgens Aegon *kennelijk* een hoog risico heeft aanvaard omdat hij een hoog rendement wilde, is slechts een veronderstelling van haar kant. Het causaal verband tussen de zorgplichtschending en de schade staat vast.

d. Heeft Thüss van Futurion [REDACTED] geadviseerd?

8.1 [REDACTED] stelt dat hij thuis is bezocht door Thüss, die hem heeft geadviseerd over pensioenopbouw en over het aangaan van de effectenleaseovereenkomst. [REDACTED] heeft onder meer verwezen naar het visitekaartje van Thüss en de door haar gemaakte, handgeschreven notities op papier met het logo van Futurion.

8.2 Aegon heeft erkend dat [REDACTED] met Thüss van Futurion heeft gesproken. Aegon heeft onder meer gesteld: *In dat kader lijkt ook te zijn gesproken over het Vermogens Vliegwieltje extra*. Op grond van deze erkenning en deze stelling, in combinatie met de stelling van [REDACTED] dat Thüss hem de effectenleaseovereenkomst heeft geadviseerd, staat voldoende vast dat Thüss [REDACTED] heeft geadviseerd de onderhavige effectenleaseovereenkomst aan te gaan. In dit verband is ook van belang dat Futurion onmiskenbaar betrokken is geweest bij het aangaan van de overeenkomst wat onder meer blijkt uit het aanvraagformulier dat het tussenpersoonnummer en de naam van Futurion en Thüss vermeldt, en uit de overeenkomst zelf die Futurion *Adviseur* noemt.

8.3 Dat het om een op de persoonlijke situatie van [REDACTED] toegesneden advies betrof, volgt uit de aantekeningen van Thüss, welke aantekeningen gegevens bevatten met betrekking tot zijn inkomen en pensioenopbouw. Dat de aantekeningen van Futurion afkomstig zijn volgt in voldoende mate uit het feit dat de aantekeningen op papier met daarop haar logo staan.

8.4 De kantonrechter is, samenvattend, van oordeel dat [REDACTED] door Thüss van Futurion is geadviseerd en wel in die zin dat een op zijn persoonlijke situatie toegesneden advies is verstrekt om de overeenkomst Vermogens Vliegwiél-extra ten behoeve van zijn pensioenopbouw aan te gaan.

e. Betrof het gegeven advies een beleggingsadvies?

9.1 Volgens Aegon is het Vermogens Vliegwiél-extra zelf geen effect en daarom was geen vergunning op grond van artikel 7 Wte 1995 nodig om over dit product te mogen adviseren.

9.2 De kantonrechter passeert deze stelling. De overeenkomst komt in de kern erop neer dat [REDACTED] een hoeveelheid aandelen in een aantal vennootschappen heeft gekocht. De overeenkomst zelf is geen effect. Dat is op zichzelf wel juist, maar de overeenkomst houdt wel in de aankoop van effecten. Zonder de aankoop van effecten had de overeenkomst niet bestaan. [REDACTED] diende, anders dan Aegon aanvoert, een beleggingsbeslissing te nemen, namelijk de beslissing de in de overeenkomst genoemde effecten door middel van de overeenkomst te leasen. Het onderscheid dat Aegon aanbrengt tussen de effectenleaseovereenkomst enerzijds en de effecten waarop die overeenkomst betrekking heeft anderzijds, kan haar dan ook niet baten: advisering over beleggen in effecten betekent dat over een mogelijke aan- of verkoop ervan wordt geadviseerd. Daarbij is uiteraard ook van (groot) belang in welke effecten precies worden belegd. De brochure *Koopsom Vliegwiél* spreekt over *de sterkste fondsen die u kunt kopen*.

9.3 Nu Futurion als beleggingsadviseur is opgetreden en bemiddelde bij de totstandkoming van de effectenleaseovereenkomst, diende zij over een vergunning ex artikel 7 Wte te beschikken. Dat Futurion die vergunning niet had, is niet in discussie. Dat Futurion een SER-inschrijving als assurantieadviseur had, is niet van belang. Dat was niet de juiste vergunning. Het verweer van Aegon wordt gepasseerd dat als zij de effectenleaseovereenkomst had geweigerd omdat Futurion niet over een vergunning ingevolge de Wte beschikte, [REDACTED] die overeenkomst wel via een andere tussenpersoon, die wel over een vergunning beschikte, zou hebben afgesloten, en dat Futurion een vergunning had kunnen verkrijgen als zij erom had verzocht. Het gaat er in dezen niet om wat er wellicht had kunnen gebeuren, maar om wat er is gebeurd. De causale keten wordt in dit geval niet doorbroken doordat zich misschien andere feiten hadden kunnen voordoen die tot dezelfde schade (de restschuld) hadden kunnen leiden (vgl. HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0832). Dit verweer van Aegon, indien al juist, staat dan ook niet aan het aannemen van het causaal verband in de weg.

9.4 Overigens speelt het punt van de ontbrekende vergunning alleen een rol bij de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 BW, omdat de aansprakelijkheid van Aegon niet op de ontbrekende vergunning is gebaseerd. Zie ook rov. 4.8. Wat Aegon heeft gesteld met betrekking tot het volgens haar ontbrekend causaal verband tussen de afwezige vergunning en de schade van [REDACTED] is dan ook niet relevant.

f. Wist Aegon of behoorde zij te weten dat [REDACTED] was geadviseerd?

10.1 Aegon betwist, kort gezegd, dat zij wist of behoorde te weten dat [REDACTED] door Futurion was geadviseerd.

10.2 De kantonrechter overweegt het volgende. Dat Aegon wist of behoorde te weten dat sprake was van de betrokkenheid van een tussenpersoon en adviseur, blijkt onder meer uit het aanvraagformulier respectievelijk de effectenleaseovereenkomst. Het aanvraagformulier is,

naar mag worden aangenomen, door Futurion aan Aegon gefaxt. Dat was volgens de *Aankoopprocedure* immers voorgeschreven: de tussenpersoon moest het ondertekende aanvraagformulier naar Aegon sturen. Het aanvraagformulier zal door Aegon zijn ontworpen en opgesteld. Haar gegevens zijn immers op het formulier voorgedrukt. Zij heeft in het formulier de mogelijkheid geboden het *Tussenpersoonnummer* in te vullen. De naam Futurion en haar tussenpersoonnummer zijn op het aanvraagformulier ingevuld. Daaruit volgt dat Futurion een relatie van Aegon was. Vervolgens heeft Aegon in de effectenleaseovereenkomst Futurion met haar tussenpersoonnummer als *Adviseur* vermeld. Niet aannemelijk is dat Aegon de term adviseur zomaar of per vergissing in de effectenleaseovereenkomst heeft opgenomen.

10.3 In dit verband is verder van belang dat Aegon ervoor heeft gekozen om haar Vliegwielp producten niet (uitsluitend) zelf aan de man te brengen, maar daarvoor tussenpersonen te selecteren. Om tussenpersonen te interesseren voor haar producten heeft zij blijkens een artikel in het tijdschrift *Assurantie Magazine* (nr. 13 van 1997) het product aan ruim vijfhonderd relaties gepresenteerd. Aegon heeft met tussenpersonen een *Samenwerkingsovereenkomst* gesloten, waarin de voorwaarden van de samenwerking zijn geformuleerd. De tussenpersonen ontvingen van Aegon een riante provisie bij verkoop van haar effectenleaseproducten. Nadat Aegon een aanvraagformulier van een tussenpersoon had ontvangen, stuurde zij aan de desbetreffende klant een brief toe waarin staat dat deze bij onduidelijkheid contact kon opnemen met zijn *adviseur*. Uit een brief van Aegon van 6 juli 2005 volgt dat zij als voorwaarde stelde dat het kantoor, waarmee een klant zaken had gedaan, in de brief ook *adviseur* genoemd, is aangesteld om zaken te doen met onze maatschappij. Op een door Aegon kennelijk verspreide *waardecheque* van f 150 staat onder meer: *Zorg dat u dit deel bij u hebt tijdens het adviesgesprek, bij u thuis of bij uw adviseur!*

10.4 Indien Aegon desondanks ten aanzien van [REDACTED] tot uitgangspunt heeft genomen dat hij niet door Futurion was geadviseerd, dan had zij de juistheid van dat uitgangspunt bij Futurion behoren te verifiëren. Het belang van deze verificatie moet zij (geacht worden te) weten, omdat een vergunning ingevolge de Wte 1995 noodzakelijk was indien tevens sprake was van advisering. Gesteld noch gebleken is dat Aegon bij Futurion is nagegaan of sprake was van advisering (en zo ja, of zij in dat geval over de vereiste vergunning beschikte). Op de gestelde onbekendheid met de advisering (en het ontbreken van de vergunning) kan Aegon zich dus niet met succes beroepen (vgl. HR 2 september 2016, ECL:NL:HR:2016:2012, rov. 5.6.1 ten aanzien van de ontbrekende vergunning).

10.5 De kantonrechter neemt aan dat Aegon wist of behoorde te weten dat [REDACTED] door Futurion was geadviseerd.

10.6 Tot slot: bij deze stand van zaken kan het debat over de vraag of het aanvraagformulier al dan niet een order was, onbesproken blijven.

g. Welke schadeposten dient Aegon te vergoeden c.q. blijkt voor haar rekening?

wat betaald is en de restschuld

11.1 De kantonrechter ziet geen grond af te wijken van de hoofdregel van de billijkheids-correctie in die zin, dat Aegon niet gehouden is 100% van de schade te vergoeden. Wat [REDACTED] aan Aegon heeft betaald, zal aan hem moeten worden terugbetaald, onder verrekening van door hem eventueel genoten voordelen zoals dividend en inkomstenbelastingvoor-

deel. Of en zo ja, tot welk bedrag [REDACTED] eventueel inkomstenbelastingvoordeel heeft genoten, blijft buiten beschouwing omdat Aegon dit voordeel pas bij dupliek ter sprake heeft gebracht. De wettelijke rente is toewijsbaar met ingang van de dag van de betalingen (HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR: 2015:1198).

De restschuld, inclusief de betalingsachterstand, is [REDACTED] niet verschuldigd. Aegon heeft niet gaaf en onvoorwaardelijk afstand gedaan van haar vordering tot betaling van de restschuld, zodat [REDACTED] recht en belang heeft bij de in dit verband gevorderde verklaring voor recht.

buitengerechtelijke incassokosten

11.2 [REDACTED] maakt aanspraak op vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten conform het rapport Voor-werk II.

Aegon bestrijdt deze aanspraak op meerdere gronden.

11.3 De kantonrechter wijst de vordering op dit onderdeel af, op de gronden vermeld in het arrest van de Hoge Raad van 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, rechtsoverwegingen 4.5.3 en 4.5.4. De door [REDACTED] gestelde activiteiten die een vordering tot vergoeding van de buitengerechtelijke incassokosten zouden rechtvaardigen, moeten op een lijn worden gesteld met het opstellen en versturen van een aanmaning of een andere eenvoudige brief (zoals de overgelegde standaardbrieven van 8 juni 2006 en van 16 augustus 2018) of vallen onder de voorbereiding van de zaak (zoals de advisering, de dossiervorming, de juridische beoordeling en het verzamelen van allerlei relevante gegevens).

Proceskosten

12.1 Als overwegend verliezende partij zal Aegon in de proceskosten worden veroordeeld. Die kosten worden aldus begroot:

- € 98,01 exploitkosten
 - € 79,00 griffierecht
 - € 720,00 salaris gemachtigde (twee punten á € 360,00)
 - € 100,00 nakosten ([REDACTED] heeft de nakosten op dit bedrag gemaximeerd).
- Totaal € 997,01.

12.2 Bij de bepaling van de hoogte van het salaris gemachtigde heeft de kantonrechter enerzijds rekening gehouden met het financiële belang dat met de gevorderde verklaring voor recht is gemoeid en anderzijds met de omstandigheid dat de processtukken in vergelijkbare zaken sterk op elkaar lijken.

Uitvoerbaarheid bij voorraad

13.1 Aegon wil niet dat een toewijzend vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. Zij wijst onder meer op het restitutierisico mocht het vonnis in hoger beroep worden vernietigd.

13.2 De kantonrechter zal het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Er zijn geen bijzondere omstandigheden gesteld of gebleken die maken dat in het geval van [REDACTED] uitvoerbaarheid bij voorraad achterwege moet blijven. De onrechtmatige daad is lang geleden gepleegd en [REDACTED] heeft er recht op dat zijn schade eindelijk eens wordt vergoed. De kans bestaat uiteraard dat [REDACTED] niet in staat zal zijn bij de eventuele vernietiging van dit vonnis

aan zijn restitutieplicht te voldoen, maar dat risico doet zich, zeker als het om een particulier gaat, geregeld voor. Dat zich ten aanzien van [REDACTED] een bijzonder restitutierisico zou voordoen, is niet gesteld of gebleken. [REDACTED] doet er wellicht verstandig aan het terug te ontvangen bedrag zo nodig te reserveren mocht Aegon in hoger beroep gaan.

Beslissing

De kantonrechter:

1. verklaart voor recht dat Aegon toerekenbaar onrechtmatig jegens [REDACTED] heeft gehandeld door schending van haar zorgplicht;
2. veroordeelt Aegon tot betaling aan [REDACTED] van al hetgeen hij onder de litigieuze overeenkomst aan Aegon heeft betaald, vermeerderd met wettelijke rente (van artikel 6:119 BW), telkens vanaf de dag van de door hem gedane betalingen tot de dag van de voldoening;
3. verklaart voor recht dat [REDACTED] de restschuld niet is verschuldigd;
4. veroordeelt Aegon in de proceskosten, inclusief nakosten, begroot op € 997,01;
5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Gewezen door mr. C.H. de Haan, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op 21 januari 2020.

Voor grosse conform
De griffier van de
Rechtbank Overijssel
Team kanton en handelsrecht, Zwolle