

Sector kanton Helmond, Rechtbank 's-Hertogenbosch 26-03-2008, zaak 425077, Rolnummer 4271/05, LJN: BC8096, JOR 2008, nr. 163

In de zaak van:

X,
wonende te,
eiser in conventie,
verweerder in reconventie,
gemachtigde: aanvankelijk mr. F.J.M. Raaijmakers,
thans mr. T.M. ten Velde,
Postbus 297, 5000 AG Tilburg,
t e g e n :
de naamloze vennootschap Dexia Bank Nederland N.V.,
rechtsopvolgster onder algemene titel van Bank Labouchere N.V.,
tevens h.o.d.n. Legio, en op haar beurt rechtsopvolgster van Legio Lease B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
gemachtigden: P.J. van Gompel en G.J.F. van Ooijen,
Postbus 2174, 5600 CD Eindhoven,

1. De procedure.

Eiser (verder te noemen: "X") heeft bij dagvaarding gesteld en gevorderd als na te melden. Gedaagde (verder te noemen: "Dexia") is in rechte verschenen en heeft een akte genomen, waarop de procedure is geschorst op gronden als vermeld in die akte. Bij akte d.d. 25 juli 2007 heeft X om hervatting van de procedure gevraagd. Daarna heeft Dexia een conclusie van antwoord genomen, waarbij een eis in reconventie is ingesteld. Vervolgens werden de conclusie van repliek in conventie, tevens akte wijziging van eis en conclusie van antwoord in reconventie, de conclusie van dupliek in conventie, tevens conclusie van repliek in reconventie en de conclusie van dupliek in reconventie gewisseld. Daarna is vonnis bepaald. Onder de genoemde processtukken bevonden zich tevens de in die stukken nader aangeduide producties.

In conventie en in reconventie:

2. Het geschil.

1.1 X vordert in conventie, onder aanvulling van de gronden bij repliek, een verklaring voor recht dat de door hem met Dexia gesloten overeenkomsten nietig zijn, althans ontbonden op grond van wanprestatie zijdens Dexia, althans dat Dexia jegens hem schadelijkt is wegens onrechtmatig handelen. Voorts verlangt X een verklaring voor recht dat de restschulden die hij aan Dexia heeft, vermeerderd met de kosten, niet verschuldigd zijn. Ten slotte vordert X van Dexia betaling van een bedrag van € 7.500,=, vermeerderd met de wettelijke rente en een vergoeding wegens buitengerechtelijke incassokosten en proceskosten.

1.2 X legt aan zijn vordering het navolgende ten grondslag.

Hij is met een rechtsvoorgangster van Dexia, de naamloze vennootschap Bank Labouchere N.V., welke eveneens handelde onder de naam Legio Lease, een tweetal overeenkomsten aangegaan. De eerste is van 9 juli 1999 en had betrekking op het product "WinstVerDriedubbelaar" onder contractnummer 74215315. De looptijd van deze overeenkomst bedroeg 36 maanden. De tweede overeenkomst is van 4 oktober 1999 en had betrekking op het product "Korting Kado" onder contractnummer 59181806. De looptijd van deze overeenkomst bedroeg 120 maanden, met een bevoegdheid zijdens X om de overeenkomst na 36 maanden te beëindigen. Tot aan de datum der dagvaarding heeft X aan Dexia op grond van deze overeenkomsten € 7.500,= betaald.

1.3 De onderhavige overeenkomsten betreffen een vorm van huurkoop. Primair is X van mening dat de overeenkomsten nietig zijn, omdat Dexia voor het aangaan daarvan had moeten beschikken over een vergunning op grond van de Wet op het Consumentenkrediet (Wck). Daarnaast zijn de overeenkomsten vernietigbaar wegens dwaling.

Ten slotte verwijt X dat Dexia bij tijdens en na de totstandkoming van de overeenkomsten in onvoldoende mate aan haar zorgplicht tegenover X heeft voldaan. Daardoor heeft zij gehandeld in strijd met bepalingen van de Nadere Regeling Toezicht Effectenverkeer (Nrte). Op grond daarvan zijn de overeenkomsten vernietigbaar. In elk geval levert dat een onrechtmatig handelen van Dexia jegens X op.

1.4 X heeft zijn vordering ter incasso uit handen gegeven, hetgeen kosten tot gevolg heeft gehad. Dexia is (de kantonrechter begrijpt: op grond van het bepaalde in artikel 6:96 BW) gehouden de redelijke kosten tot verkrijging van betaling buiten rechte overeenkomstig de staffel bij het Rapport Voorwerk II te voldoen.

1.5 X heeft niet ingestemd met de zogenaamde "Duisenberg-regeling". De verklaring dienaangaande is bij akte d.d. 25 juli 2007 door X in het geding gebracht.

2.1 Dexia heeft hiertegen vervolgens in conventie verweer gevoerd. Primair voert zij aan dat de onderhavige overeenkomsten niet als (vormen van) huurkoop kunnen worden gekwalificeerd, zodat de kantonrechter geen bevoegdheid tot oordelen toekomt. Voorts voert zij als preliminair verweer dat X niet in zijn vordering kan worden ontvangen, omdat de dagvaarding niet zou voldoen aan de wettelijke vereisten.

2.2 De eerste overeenkomst is na rustig en kalm beraad door X met Dexia aangegaan op of omstreeks 6 juli 1999. Deze overeenkomst had een looptijd van drie jaar, met een optie om de looptijd met 36 maanden te verlengen. X heeft van die optie gebruik gemaakt, waardoor de overeenkomst op 1 juli 2005 is beëindigd. Op dat moment bleek de opbrengst van de aandelen niet voldoende om de voor de aankoop daarvan aangegane lening af te lossen. Bij de eindafrekening is gebleken dat X ten aanzien van deze overeenkomst aan Dexia nog een bedrag verschuldigd is van € 6.314,81. X heeft dat bedrag onbetaald gelaten.

De tweede overeenkomst is op initiatief van X tot stand gekomen, nadat hij zelf telefonisch contact had opgenomen met Dexia. In dat contact gaf X aan geïnteresseerd te zijn in het product Korting Kado. Dexia heeft hem daarop de overeenkomst, bijbehorende fiscale opinie en een rekenvoorbeeld toegezonden. X heeft deze bescheiden in alle rust kunnen bekijken. Op grond van deze overeenkomst dient X maandelijks € 44,87 aan Dexia te voldoen wegens rente over de aankoopssom van aandelen. Aan het eind van de looptijd dient X de koopsom te voldoen ad € 4.297,07. Deze overeenkomst loopt nog.

2.3 Dexia betwist op de in de conclusie van antwoord aangevoerde gronden dat de overeenkomsten in kwestie zouden vallen onder het regime van de Wck. Zij verwijst daarbij naar arresten van het Hof Amsterdam (16 augustus 2007) en het Hof 's-Hertogenbosch (26 juni 2007). Mocht de kantonrechter desondanks de nietigheid van de overeenkomsten aannemen, dan beroept Dexia zich op het bepaalde in artikel 6:278, lid 2 BW. Daaruit volgt een bijbetalingsverplichting voor X, die Dexia met de vordering tot ongedaanmaking in geval van nietigheid mag verrekenen.

2.4 Dexia voert voorts aan dat de bepalingen van de Nrte niet van toepassing zijn op de onderhavige overeenkomsten. Zij betwist jegens X onrechtmatig te hebben gehandeld of wanprestatie te hebben gepleegd. Het causaal verband tussen het handelen van Dexia en de door X gestelde schade ontbreekt. Mocht er al sprake zijn van een schending van de zorgplicht, dan kan dat hoogstens leiden tot een schade in de vorm van een bestaande restschuld, het negatief beleggingsresultaat. Het beleggingsnadeel in de vorm van betaalde rente staat niet in een zodanig verband met de zorgplicht van Dexia, dat de schade in de vorm van betaalde rente de bank kan worden toegerekend.

Mocht Dexia al gehouden zijn enige schade aan X te vergoeden, dan dient een deel daarvan op grond van het bepaalde in artikel 6:101 BW voor rekening van X te blijven. Het nadeel dat hij heeft geleden is immers mede het gevolg van de omstandigheid dat hij onvoldoende acht heeft geslagen op de inhoud van de hem toegezonden overeenkomsten.

2.5 Dexia merkt op dat het haar – bij gebreke aan feitelijke onderbouwing – niet duidelijk is in welk opzicht zij toerekenbaar tekort zou zijn geschoten jegens X. Zij is haar verplich-tingen uit de overeenkomsten nagekomen. De aandelenpakketten zijn voor X gekocht en aan hem geleast. Zij heeft X ook in voldoende mate geïnformeerd. 2.6 De schadeberekening van X klopt niet. Bij de berekening dient in aanmerking genomen te worden dat hij voordeel heeft genoten in de vorm van fiscaal voordeel en dividend op de aangekochte aandelen. Deze posten heeft X niet bij zijn schadeberekening betrokken.

2.7 De wettelijke rente kan slechts verschuldigd zijn vanaf de datum waarop Dexia in verzuim zou zijn geraakt. Dat is in elk geval niet eerder geweest dan 1 november 2005. De gevorderde vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten moet worden afgewezen, omdat die helemaal niet zijn gespecificeerd. Pogingen om buiten rechte tot een regeling te komen zijn ook niet ondernomen, in elk geval niet in die mate dat deze toekenning van een vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten rechtvaardigen.

2.8 Dexia vordert in reconventie, onder verwijzing naar hetgeen in conventie als verweer is aangevoerd, betaling van de restschuld die na afloop van de eerste overeenkomst is blijven bestaan, zijnde € 6.314,81. Uit de brief van 29 juli 2005 mocht Dexia afleiden dat X zijn verplichting tot betaling van dat bedrag niet zou nakomen, zodat X vanaf die datum in verzuim verkeert en vanaf die datum dan ook de wettelijke rente verschuldigd is.

3.1 X heeft daarop aangevoerd dat hij uit de aan hem toegezonden stukken niet heeft begrepen dat hij geld aan het lenen was om te gaan beleggen. Hij is de overeenkomsten aangegaan met de bedoeling te gaan sparen. Zou Dexia hem van meet af aan op de hoogte hebben gesteld van de risico's die aan de overeenkomsten kleefden, dan zou hij deze niet zijn aangegaan. Omdat Dexia in de gegeven informatie de overeenkomsten te rooskleurig voorspiegelt, heeft X zich tot het aangaan daarvan laten bewegen. Op die grond beroept hij zich ook op de vernietigbaarheid van de overeenkomsten wegens dwaling

X heeft verder zijn persoonlijke omstandigheden nader geschetst ter onderbouwing van zijn stellingname dat hij op financieel gebied als een leek moet worden beschouwd.

3.2 X heeft volhardt in zijn standpunt dat de overeenkomst vanwege de toepas-selijkheid van de Wck nietig of vernietigbaar is. Voorts heeft X betwist dat het bepaalde in artikel 6:278 BW van toepassing is. In elk geval verzetten de eisen van redelijkheid en billijkheid zich tegen toepassing van deze bepaling

3.3 X heeft voorts gewezen op de beschikking van het Hof Amsterdam d.d. 25 januari 2007, waarin is bepaald dat Dexia haar zorgplicht tegenover particuliere beleggers heeft geschonden. X merkt op dat hij, als leek, niet in staat was de overeenkomsten dus-danig te doorgronden dat hij het bestaan en de omvang van de daarmee samenhangende risico's kon beoordelen. Ook na het lezen van de brochure kon hij niet vermoeden dat hij bij dalende koersen met een restschuld zou worden geconfronteerd. Het had op de weg van Dexia gelegen om daaromtrent helderheid te verschaffen, maar dat heeft zij niet gedaan.

Dexia was bekend met de financiële situatie van X. Gelet op die situatie had Dexia moeten afzien van het aangaan van de onderhavige overeenkomsten. Nu zij dat niet heeft gedaan, bestaat er een causaal verband tussen het handelen en de gevolgen die het aangaan van de overeenkomsten voor X heeft gehad, daaronder inbegrepen de betaalde termijndragingen. Er is geen sprake van eigen schuld als bedoeld in artikel 6:101 BW.

Voor wat betreft de vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten verwijst X naar de bij repliek/antwoord overgelegde correspondentie.

3.4 X betwist de vordering van Dexia in reconventie onder verwijzing naar hetgeen hij in conventie heeft aangevoerd. Voorts betwist X dat hij contractuele of wettelijke rente verschuldigd zou zijn.

4.1 Dexia heeft hierop aangevoerd dat het beroep op dwaling, gedaan bij repliek in conventie, tardief is aangevoerd. Om die reden verzet zij zich tegen de vermeerdering van eis c.q. aanvulling van gronden.

Dexia heeft de stellingen van X weersproken, meer in het bijzonder ook dat sprake zou zijn van dwaling aan zijn zijde. Aan de voorwaarden voor een beroep op dwaling is, aldus Dexia, niet voldaan. De essentie van de overeenkomsten is eenvoudig te doorgronden: de klant leent geld om daarmee in aandelen te beleggen. Over de lening is rente verschuldigd en bij de verkoop van de aandelen wordt de opbrengst verrekend met de nog openstaande hoofdsom van de lening. Dit blijkt in voldoende mate uit de overeenkomsten zelf, hetgeen zowel door het Hof Amsterdam in de door X aangehaalde beschikking van 25 januari 2007 als ook door de Klachtencommissie DSI (uitspraak van 12 juli 2002, JOR 2002/164) wordt erkend. Bovendien blijkt dat voldoende uit de brochures die Dexia aan de belangstellenden voor de verschillende aandelenlease producten heeft toegezonden. X heeft een brochure ontvangen waarin de informatie stond vermeld als door Dexia in productie 13 bij dupliek/replik in het geding is gebracht. X had derhalve moeten, althans kunnen begrijpen dat hij een overeenkomst sloot waarbij sprake is van beleggingen in aandelen met geleend geld en waarbij de mogelijkheid niet was uitgesloten dat een restschuld zou blijven bestaan. Dat sprake zou zijn van een spaarproduct, blijkt op geen enkele wijze uit mededelingen of informatie die door Dexia is verspreid.

4.2 Ten aanzien van de schending van een zorgplicht heeft Dexia eveneens volhard in haar stellingname. Van een schending van een informatieplicht kan, gelet op hetgeen ten aanzien van de gestelde dwaling is aangevoerd, geen sprake zijn.

In reconventie heeft Dexia vervolgens haar vordering gehandhaafd.

3. De beoordeling:

5.1 Gelet op de samenhang van conventie en reconventie zal de kantonrechter deze verder tezamen behandelen. Als enerzijds gesteld en anderzijds niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken, alsmede op grond van de in het geding gebrachte producties, voor zover de inhoud daarvan niet is weersproken, staat tussen partijen het navolgende vast.

X is met Dexia op 2 juli 1999 een overeenkomst aangegaan onder nummer 74215315 en op 4 oktober 1999 onder nummer 59181806. De eerste overeenkomst betrof een product onder de naam "WinstVerDriedubbelaar", de tweede een product onder de naam "Korting Kado". De looptijd van de eerste overeenkomst bedroeg drie jaar. Deze overeenkomst is – overeenkomstig het daartoe in artikel 8 gegeven recht – na drie jaar verlengd met een looptijd van drie jaar. Omstreeks 1 juli 2005 is de overeenkomst beëindigd en is een eindaftrekning opgemaakt, op grond waarvan X aan Dexia nog een bedrag van € 6.314,81 verschuldigd was en is. De looptijd van de tweede overeenkomst bedraagt tien jaar, zodat deze thans nog loopt.

5.2 Op grond van de eerste overeenkomst heeft Dexia zich verplicht om ten bate van X gefaseerd met name in het contract genoemde aandelen te kopen voor een aankoopbedrag van in totaal € 19.324,86. De overeenkomst vermeldt voorts dat X aan Dexia daarenboven een rente verschuldigd is van € 4.054,75. In totaal bedraagt de betalingsverplichting van X aan Dexia € 23.379,61.

De overeenkomst behelst een verhouding die door Dexia is aangeduid als "lease". X heeft zich verplicht om gedurende 36 maanden een bedrag van € 112,63 te voldoen. In totaal is dat een bedrag van € 4.054,75, welk bedrag overeenkomt met de door Dexia berekende rente. In de 35e maand diende X een bedrag van € 45,38 te voldoen. Aan het eind van de looptijd diende het restant van € 19.279,48 te worden voldaan, welk bedrag in principe zou worden verrekend met de verkoopopbrengst van de aangekochte aandelen. Ingevolge artikel 5 van de overeenkomst wordt X automatisch en van rechtswege eigenaar van de waarden op het moment hij al datgene aan Dexia heeft betaald wat hij op grond van de overeenkomst aan Dexia verschuldigd is geworden.

5.3 De tweede overeenkomst betreft een soortgelijke constructie, met dien verstande dat de looptijd aanzienlijk langer is (120 maanden). De totale aankoopsom bedraagt € 4.342,45 en de totaal te betalen rente (behoudens eventuele korting) € 5.384,52. Gedurende de eerste 36 maanden is X een maandtermijn van € 44,87 verschuldigd (in totaal € 1.614,24). Daarna zal voor de resterende 84 maanden de rente opnieuw worden vastgesteld, waarbij

als uitgangspunt een percentage van 12,4% per jaar is vermeld (13,1% effectief), te verminderen met een korting die bepaald wordt door de mate van waardeinstijging van de gekochte aandelen gedurende de eerste 36 maanden. Ook in deze overeenkomst is bepaald dat in de voorlaatste maand van de looptijd een bedrag van € 45,38 moet worden betaald en dat aan het eind van de looptijd het restant van € 4.297,07 moet worden voldaan, welk bedrag in principe zou worden verrekend met de verkoopopbrengst van de aangekochte aandelen. Ook in artikel 5 van deze overeenkomst is bepaald dat X automatisch en van rechtswege eigenaar van de waarden geworden op het moment hij al datgene aan Dexia heeft betaald wat hij op grond van de overeenkomst aan Dexia verschuldigd is geworden.

5.4 Ten aanzien van de persoonlijke omstandigheden van X moet in rechte als vaststaand worden aangenomen dat hij in 1999 financieel aan het oprabbelen was na in staat van faillissement te hebben verkeerd. In juli 1999 was hij 57 jaar oud. X heeft de Hogere Landbouwschool doorlopen en zijn echtgenote in Brazilië een lerarenopleiding. Hij was gehuwd en had drie minderjarige kinderen. Met zijn echtgenote had hij een belastbaar inkomen van € 31.412 per jaar. Zijn echtgenote verdiende op dat moment € 7.301,77 bruto per jaar. Per ultimo 1999 had hij een schuldenlast open staan bij de RABO Bank en de gemeente Laarbeek van in totaal fl. 352.237,06 (€ 159.838,20, renteloos en vooralsnog aflossingsvrij).

5.5 Vóór het aangaan van de overeenkomsten heeft Dexia X de informatie (of soortgelijke informatie) doen toekomen die zij als productie 3 bij antwoord/eis en als productie 13 bij dupliek in conventie/replik in reconventie (in samengevatte vorm) in het geding heeft gebracht.

Ten aanzien van de formaliteiten.

6. De kantonrechter is van oordeel dat de dagvaarding in voldoende mate voldoet aan de wettelijke eisen. Eis en gronden daarvoor zijn in de dagvaarding opgenomen. De feitelijke onderbouwing daarvan kan in de loop van het geding worden aangevuld. De omstandigheid dat wellicht niet (volledig) is voldaan aan het vereiste dat het verweer van de gedaagde partij dient te worden opgenomen in de dagvaarding kan niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van de eisende partij, zeker niet in een zaak waarin een dermate complex verweer valt te verwachten als in een kwestie als de onderhavige. Het beroep op niet-ontvankelijkheid wordt daarom verworpen.

7.1 Zijdens Dexia is ook aangevoerd dat de kantonrechter niet bevoegd zou zijn, omdat de onderhavige overeenkomst een belang heeft dat groter is dan € 5.000,- en niet behoort tot de kring van bijzondere overeenkomsten waarin de wetgever de kantonrechter bevoegdheid tot oordelen heeft toegekend.

7.2 De kantonrechter verwerpt dit verweer. Vrijwel algemeen wordt thans in de rechtspraak aangenomen dat de onderhavige overeenkomsten (allebei) huurkoopovereenkomsten zijn. Inmiddels is dit door meerdere gerechtshoven in Nederland uitgesproken en heeft de A-G bij de Hoge Raad in diens conclusie d.d. 25 januari 2008 in de daar onder rolnummer C07/155HR aanhangige zaak dienovereenkomstig geconcludeerd (LJN: BC2837). De kantonrechter verwijst naar de inhoud van die conclusie en de daarin genoemde jurisprudentie, meer in het bijzonder Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2007 (LJN: BC1140) en Hof Amsterdam 6 december 2007 (LJN: BB9552).

8. De kantonrechter oordeelt derhalve dat de onderhavige overeenkomsten dienen te worden gekwalificeerd als huurkoopovereenkomsten. De kantonrechter is bevoegd om over geschillen inzake dit type overeenkomsten te oordelen.

Ten aanzien van de Wet op het Consumentenkrediet (Wck).

9. X heeft uitvoerig bepleit dat en waarom de overeenkomsten nietig zouden zijn, omdat Dexia niet beschikte over een daartoe benodigde vergunning op grond van de Wck. Deze stellingname zijdens X wordt verworpen.

10. Terecht merkt Dexia op dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een krediettransactie in de zin van de Wet op het Consumentenkrediet onderscheid moet worden gemaakt tussen geldkrediet (simpel gezegd: de geldlening, in welke vorm dan ook) en goederenkrediet (even simpel gezegd: de koop op afbetaling, in welke vorm dan ook). De kantonrechter zal achtereenvolgens bezien of van dergelijke vormen van krediet in de zin van de Wck sprake is.

Wet op het Consumentenkrediet, geldkrediet.

11. Hiervoor is vastgesteld dat de onderhavige overeenkomst er in de kern op neerkomt dat Dexia aan X een bedrag ter beschikking stelt, waarmee zij ten bate van Van Nistelrooij aandelen of waarden aankoopt die zij voor X houdt en, aan het eind van de looptijd van de overeenkomst en na betaling van al hetgeen X aan Dexia verschuldigd is, aan X overdraagt, dan wel ten bate van X verkoopt. Met Dexia - en anders dan de rechtbank Arnhem in haar uitspraak d.d. 14 juli 2004, LJN AQ1551 - deelt de kantonrechter de opvatting dat van een geldkrediet in de zin van artikel 1, aanhef en onder a.1 Wck geen sprake is. X ontvangt geen vrij te besteden geldsom van Dexia. Kern van de overeenkomst bestaat uit het verkrijgen van voordeel uit een aan te schaffen aandelenpakket. Vast staat dat Dexia X daartoe een bedrag voorschiet om aandelen van te kopen. Uit de aard van de kwalificatie van de overeenkomst volgt dat in dat geval hoogstens sprake is van goederenkrediet (huurkoop is immers een species van de koop op afbetaling).

Wet op het Consumentenkrediet, goederenkrediet.

12. De vraag is vervolgens, of de aandelenleaseovereenkomst kan worden gekwalificeerd als een goederenkrediet in de zin van artikel 1, aanhef en sub 1, b e/of c van de Wck. De kantonrechter neemt hierbij tot uitgangspunt dat het belang van de rechtszekerheid met zich meebrengt dat partijen zich bij hun optreden in het economisch verkeer in beginsel mogen en moeten verlaten op de tekst van de wet, zoals deze op de voorgeschreven wijze is gepubliceerd.

13. Hiervoor is vastgesteld dat het complex aan afspraken dient te worden gekwalificeerd als een huurkoopovereenkomst. De overeenkomst van huurkoop is, historisch gezien, altijd beschouwd als een bijzondere vorm van koop op afbetaling en wordt in artikel 7A:1576h BW ook omschreven als een vorm van koop op afbetaling. De kantonrechter acht dit van belang, omdat in artikel 1, aanhef, onder 1 b en c het begrip "krediettransactie" juist zo ruim is geformuleerd om de koop op afbetaling onder het regime van de Wck te brengen. Uitgangspunt dient derhalve te zijn dat de Nederlandse wetgever bij invoering van de Wck heeft beoogd bescherming te bieden aan consumenten bij het afsluiten van kredieten of het aangaan van koopovereenkomsten op afbetaling. De onderhavige overeenkomst behoort, uit de aard van zijn kwalificatie, tot die laatste categorie. De kern van het probleem zit hem nu in het feit dat de ratio van de wetgeving afwijkt van de daaraan gegeven uitvoering. De ratio is weliswaar om alle krediettransacties onder de werking van de wet te laten vallen, maar uit de definitie van die krediettransacties vloeit voort dat een aantal (met name: financiële) constructies niet als goederenkrediet kunnen worden aangemerkt.

14. Ondanks genoemde ratio (waaronder: de koop op afbetaling brengen onder de werking van de Wck) heeft de wetgever gemeend het goederenkrediet te moeten beperken tot het (direct of indirect, via een derde-leverancier) verschaffen van genot van een roerende zaak of het verlenen van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen dienst. Vast staat dat Dexia aan X niet het genot van een roerende zaak heeft geleverd, omdat aandelen niet als zodanig kunnen worden beschouwd, terwijl uit de overeenkomst zelf voortvloeit dat ook het fysieke bewijs van een aandeel (het papier zelf, voor zover aandelen nog gedrukt worden) niet zou worden geleverd, omdat de overdracht van de waarden slechts administratief plaatsvindt (door bijschrijving in de administratie van Legio-lease overeenkomstig artikel 17 van de Wge, zie art. 1 van de Bijzondere Voorwaarden).

15. Binnen het systeem van de wet is wel uitdrukkelijk de ruimte ingebouwd om op relatief eenvoudige wijze (via een AMVB) diensten aan te wijzen waarvoor de Wck van toepassing is. Van die mogelijkheid is in het Besluit aanwijzing diensten Wet op het consumentenkrediet (Stb. 1991, nr. 515) tot op heden slechts gebruik gemaakt ten aanzien van de dienstverlening in de reisbranche. De financiële dienstverlening in de vorm van het voorschieten van de aankoop van aandelen is niet aangewezen als dienst die onder de werking van de Wck valt, ondanks het feit dat reeds in 1998 bekend was dat de constructie van effectenlease bestond, dat het de vraag was of deze onder de werking van de Wck viel of niet en door de minister van Financiën op vragen over de effectenlease en de Wck dienaangaande het navolgende is opgemerkt (Aanhangsel TK 1997-1998, nr. 1470, p. 3015-3016):

"Daarnaast werd overwogen dat hier sprake is van transacties die meer in de vermogensfeer liggen dan in de consumptieve sfeer. Het laatstgenoemde argument is ook nu van toepassing. Ik acht dan ook geen reden aanwezig om de effectenlease onder de WCK te brengen, te meer daar de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) van toepassing is."

Overigens was op dat moment aan de wetgever in Richtlijn 87/102/EEG al opgedragen zorg te dragen voor bescherming van de consument die betrokken was bij krediettransacties.

16. Het voorgaande kan tot geen andere conclusie leiden dan ook al gedaan door de kanton-rechter te Utrecht in de uitspraak van 16 maart 2005 (LJN AT2469, zie ook Prg. 2005, nr. 17, p. 548 e.v.): noch uit de bewoordingen van de wet, noch uit de parlementaire geschiedenis valt op te maken dat de wetgever de effectenleaseconstructie expliciet onder de werking van de wet heeft willen brengen. Veeleer volgt uit het voorgaande dat de wetgever altijd heeft aangenomen dat de constructie daar niet onder valt, ook op een moment waarop (a) het bestaan van de constructie bekend was, waarop (b) de wetgever bekend was met de op haar rustende verplichtingen uit de Richtlijn 87/102/EEG en waarop (c) expliciet is gesproken over de vraag of aandelenleaseconstructies onder de werking van de Wck vielen of niet. Naar aanleiding van die discussie, waarin de op dit punt specifiek gestelde vraag door de minister is beantwoord in negatieve zin, heeft de wetgever afgezien van (althans: is hij niet overgegaan tot) het opnemen van aandelenleaseconstructies in het Besluit aanwijzing diensten Wet op het consumentenkrediet. Naar de letter van de wet kan de aandelenleaseovereenkomst dan ook niet worden beschouwd als een goederenkrediet als bedoeld in artikel 1, aanhef en sub 1 b of c Wck.

17. Anders dan de kantonrechter te Utrecht, is de kantonrechter van oordeel dat daarmee het doel voor wat betreft de toepasselijkheid van artikel 9 Wck is gevallen. Hiervoor is reeds geoordeeld dat vanuit oogpunt van rechtszekerheid moet worden aangenomen dat partijen in het economisch verkeer hun handelen mogen en moeten baseren op de tekst van de wet, waarbij zij mogen uitgaan van interpretaties die volgen uit daarover gevoerde parlementaire discussies, waarbij de Europese regelgeving is betrokken.

Zou de gedachtegang van de kantonrechter te Utrecht worden gevolgd, dan heeft dat tot gevolg dat een partij die zich bij het aanbieden van een product op de markt heeft laten leiden door regelgeving die helder en duidelijk aangeeft dat het aangeboden product niet onder de werking van de wet valt (zodat zij niet vergunningplichtig was), een opvatting die ook in een parlementaire discussie is uitgedragen en naar aanleiding waarvan deze regelgeving niet is aangepast, plots en met terug-werkende kracht ten aanzien van alle door haar aangegane overeenkomsten wordt geconfronteerd met nietigheid, met alle – bijzonder grote – financiële, niet terugwerkende, gevolgen van dien. Het past de rechter niet om achteraf – contrair aan de heldere regelgeving en anders dan de nationale wetgever door handelen of nalaten tot uitdrukking heeft gebracht – anders te beslissen. Deze consequentie is dermate ernstig van aard en heeft dermate grote maatschappelijke gevolgen (gelet ook op het bijzonder grote aantal contracten dat onderwerp is van gedingen als het onderhavige), dat de kantonrechter van oordeel is dat het niet aan de rechter is om een beslissing te geven die dit als consequentie heeft, zeker niet op een redenering die is gebaseerd op een in de jurisprudentie nog weinig ontwikkeld leerstuk als de richtlijnconforme interpretatie van de nationale wetgeving van een lidstaat van de EU. De kantonrechter sluit zich in dit opzicht daarom aan bij de uitspraak van de kantonrechter te Alphen aan de Rijn d.d. 4 januari 2005, LJN AR8791.

18. Het oordeel dat de aandelenleaseconstructie niet valt onder het regime van de Wck is overgenomen door het Hof 's-Hertogenbosch (26 juni 2007, LJN: BA8070) en door het hof Amsterdam (16 augustus 2007, LJN: BB1855), waarbij ook de hoven hebben geoordeeld dat het belang van de rechtszekerheid zich verzet tegen een ander oordeel op grond van een richtlijn-conforme interpretatie van de bepalingen van deze wet.

Ten aanzien van het beroep op dwaling.

19. X voert als onderwerp van dwaling aan dat hij uit de hem toegezonden stukken niet heeft begrepen dat hij ging beleggen met geleend geld en, meer in het bijzonder, dat daaraan grote risico's in de vorm van een mogelijke restschuld verbonden waren. Dexia heeft dienaangaande een informatieplicht geschonden en de vooruitzichten veel te rooskleurig voorgesteld. In dat verband voert X aan dat hem op grond van de verstrekte informatie niet duidelijk was dat hij met geleend geld ging beleggen en wat de risico's waren die daaraan waren verbonden.

20. Voor zover Dexia aanvoert dat het beroep op dwaling te laat is gedaan, wordt het verweer verworpen. De aan het beroep op dwaling ten grondslag gelegde feiten zijn ook al min of meer in de dagvaarding aangevoerd ter onderbouwing van de stellingname dat Dexia haar zorgplicht heeft gezonden. In feite doet X niet meer dan het aanvoeren van een nieuwe rechtsgrond die voortvloeit uit die stellingname. Het staat hem vrij dat bij repliek te doen.

21. Ingevolge artikel 6:228 BW is een overeenkomst wegens dwaling vernietigbaar, indien één van de drie daar genoemde gevallen zich voordoet. Daarvan zijn er voor deze zaak slechts twee van belang. Dexia zou X inlichtingen moeten hebben gegeven waardoor X is gaan dwalen, tenzij X ook zonder die inlichtingen tot het aangaan van de overeenkomst zou hebben besloten, of Dexia heeft (in verband met wat zij omtrent de dwaling wist) nagelaten X afdoende te informeren.

22. Onder productie 13 bij de conclusie van dupliek/replik bevindt zich een aantal uittreksels uit de brochures die Dexia aan haar klanten heeft toegezonden. De onderhavige overeenkomsten zijn tot stand gekomen in juli en oktober 1999, zodat de teksten onder de nummers 742 en 591 aan X moeten zijn toegestuurd. De integrale tekst van brochure nummer 742 is als productie 3 bij antwoord/eis in het geding gebracht.

23. De kantonrechter verwerpt het beroep op dwaling.

Een persoon die overweegt een overeenkomst aan te gaan, is tegenover de wederpartij gehouden om, binnen redelijke grenzen, maatregelen te nemen teneinde te voorkomen dat hij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken met die overeenkomst instemt. Uit die verplichting volgt dat van een potentiële afnemer mag worden verwacht dat hij deze overeenkomst zorgvuldig leest alvorens ermee in te stemmen en zich naar vermogen inspant om de reikwijdte van zijn daaruit volgende verplichtingen en risico's te begrijpen. Als hij nalaat zich op de hier bedoelde wijze te informeren en vervolgens onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken een overeenkomst aangaat, komt die onjuiste voorstelling voor zijn eigen risico. In dat geval kan zij krachtens art. 6:228 lid 2 BW niet tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling leiden.

24. De kantonrechter stelt vast dat de onderhavige overeenkomsten expliciet onderscheid maken tussen een aankoop van voor de aan te kopen aandelen en een rentesom. Voorts stelt de kantonrechter vast dat een simpele rekensom bij bestudering van de overeenkomsten leert dat de termijnbedragen in totaal even hoog zijn als hetgeen als "rente" op de overeenkomst staat vermeld. Bij een eenvoudige controle van wat aldus wordt aangeboden, moet het een gemiddeld contractant duidelijk zijn dat de termijnbetalingen slechts dienen tot voldoening van overeengekomen rente. In dat verband mag het als een feit van algemene bekendheid worden beschouwd – en daarmee als kennis die aan de consument kan worden toegerekend – dat het woord "rente" duidt op een vergoeding voor ter beschikking gesteld geleend geld.

25. Vast staat aldus dat de consument, die overeenkomsten als de onderhavige aangeboden krijgt, bij bestudering van de overeenkomst kan zien dat hij gedurende de looptijd enkel en alleen een vergoeding van rente betaalt en, aan het eind van de looptijd van het contract, pas de koopsom van de aandelen, die al wel

gekocht zijn. Het moet de gemiddelde consument dan duidelijk zijn dat Dexia de koopsom voor die aandelen heeft voorgeschoten en een rente in rekening brengt ter vergoeding van de kosten daarvan. Die informatie is dus in afdoende mate kenbaar uit de overeenkomsten zelf en had X daaruit kunnen en moeten begrijpen. In elk geval had deze informatie X aanleiding kunnen geven om zelf – in geval van twijfel – nader te informeren naar de exacte aard van de verplichtingen die partijen aangingen. Dat hij dat heeft gedaan en dat Dexia daarop onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt, is niet gesteld of gebleken.

Bij dit alles betreft de kantonrechter in dit geval bovendien de omstandigheid dat X een meer dan gemiddelde opleiding heeft genoten (op HBO-niveau) en zelfstandig bedrijfsmatig actief is geweest in het economisch verkeer, zodat hij zeker dient te weten wat het begrip "rente" inhoudt.

26. De stellingname van X dat hij meende te gaan sparen, kan niet tot een ander oordeel leiden. Noch in de naam van de overeenkomsten, noch in de inhoud daarvan is enige aanwijzing gelegen voor een aanname als zou het hier om een spaarproduct gaan. Zo wordt bijvoorbeeld nergens verwezen naar rente die de wederpartij van Dexia zou ontvangen op een door hem of haar te betalen inleg. De inhoud van de overeenkomsten kan redelijkerwijs niet tot de conclusie leiden dat hier sprake is van een spaarproduct.

Ten aanzien van de schending van een zorgplicht.

27. Er bestaat debat over de toepasselijkheid van de NR zoals deze van kracht was ten tijde van het aangaan van de lease-overeenkomst(en). In het voetspoor van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 30 juni 2004, NJF 2004, 410 (LJN: AP4933), van de daaromtrent gedane uitspraken van de Klachtencommissie van het DSI van 5 februari 2004, NJF 2004, 446 en het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 1 maart 2007 (LJN: AZ9722) is de kantonrechter van oordeel dat Dexia bij het aanbieden van het onderhavige product gehouden was aan de in de NR gecodificeerde zorgplicht, waaraan niet afdoet dat zij een kant-en-klaar effectenproduct aan een breed publiek aanbood. Voor zover Dexia heeft gesteld dat de NR onverbindend is treft dit geen doel, omdat de NR haar wettelijke basis vinden in art. 11 van de Wte 1995 (HR 24 november 2006, NJ 2006, 644 (LJN: AY9222)). Voorts volgen de daarin neergelegde regels ook uit de zorgplicht, waarvan de Hoge Raad in zijn arrest van 9 januari 1998, NJ 1999, 285, JOR 1998, 116 (LJN: ZC2536), 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 behoren te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt."

28. De risico's van de lease-overeenkomst zijn aanzienlijk, met name in verband met de kosten die op de afnemer van het product zijn gelegd. Daarom is een beduidende koersstijging van de geleasede effecten vereist, bemeten over de volle looptijd van de overeenkomst, om een positief rendement te behalen. Dexia behoorde zich als professionele dienstverlener bewust te zijn van de gerede mogelijkheid dat de koersstijging van de desbetreffende effecten ontoereikend zou zijn om de afnemer ten minste zijn inleg terug te bezorgen en eventueel zijn (resterende) schuld uit hoofde van de leaseovereenkomst (de restant hoofdsom) aan Dexia af te lossen. Dexia had zich tenminste rekenschap behoren te geven van de vraag of haar potentiële wederpartij naar redelijke verwachting over voldoende bestedingsruimte zou beschikken om aan de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen te kunnen voldoen. Tenslotte behoorde Dexia de (potentiële) afnemer op niet mis te verstane wijze omtrent deze risico's te informeren en daarvoor te waarschuwen.

29. Dit klemt temeer, omdat Dexia het product voor een breed publiek beschikbaar heeft gesteld. Dexia had er op 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 daarom diende Dexia het door haarzelf verspreide voorlichtingsmateriaal – brochures, formulieren voor het aanvragen c.q. aangaan van de overeenkomsten, (concept)overeenkomsten en bijbehorende (algemene) voorwaarden – zodanig in te richten dat degene die overwoog de onderhavige overeenkomst aan te gaan daarin nadrukkelijk de hiervoor bedoelde waarschuwing aantrof, in bewoordingen die voor de betreffende ondeskundige afnemer duidelijk zijn. In het bijzonder is ten aanzien van een beleggingsproduct met een complexiteit die de risico's voor een niet-deskundige consument verhult, een zo compleet mogelijke en niet voor misverstand vatbare voorlichting dringend geboden. Die voorlichting diende in elk geval te waarschuwen voor de niet te verwaarlozen kans dat, afhankelijk van de ontwikkelingen op de effectenmarkten, de investering – het totaal van de contractueel voorziene termijnbetalingen – verloren zou gaan en dat in een voorkomend geval bovendien een schuld aan Dexia kon resteren.

30. In dit verband zij bovendien verwezen naar de algemene rechtsopvatting zoals die volgt uit de richtlijn van het Europees Parlement en de Europese Commissie van 11 mei 2005 inzake bescherming van de consument tegen oneerlijke handelspraktijken, waarvan de implementatie in de Nederlandse wetgeving in een gevorderd stadium verkeert. In het ontwerp-artikel 6:193d BW wordt in lid 1 bepaald dat een handelspraktijk misleidend is, wanneer er sprake is van een misleidende ommissie. Daaronder wordt volgens lid 2 van dit ontwerp-artikel verstaan het achterwege laten van "essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen", waardoor de consument een besluit over een overeenkomst

neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen. Ook het verborgen houden of op onduidelijke, onbegrijpelijke of dubbelzinnige wijze (dan wel te laat) verstrekken van deze "essentiële informatie" wordt (in lid 3 van dit ontwerp-artikel) als misleidende ommissie aangeduid.

Opgemerkt kan worden dat deze richtlijn en het daarop gebaseerde wetsvoorstel ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten nog niet bestonden, maar zij geven naar het oordeel van de kantonrechter wel een beeld van een breed levende gedachte ten aanzien van hetgeen op dit punt in het kader van de bescherming van consumenten als "recht" te gelden. Die gedachte is niet dermate nieuw, dat zou moeten worden geoordeeld dat zij niet (mede) kan worden gebruikt als maatstaf bij de beantwoording van de vraag of ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten een zorgplicht voor Dexia bestond en, zo ja, wat deze dan concreet inhield. In de systematiek van de ontwerp-wetgeving leidt het hanteren van oneerlijke handelspraktijken tot onrechtmatig handelen van een handelaar jegens de consument. Zulks is bij uitstek onzorgvuldig.

31. In al die gevallen waarin Dexia heeft nagelaten de afnemer de hiervoor in r.o. 28 genoemde informatie te geven, is zij naar het oordeel van de kantonrechter tekort geschoten in haar zorgplicht. Hetzelfde geldt als het onderzoek van Dexia naar de bestedingsruimte van haar afnemer beperkt is gebleven tot de – voor dat onderzoek ontoereikende – vraag of deze bij het Bureau Krediet Registratie (BKR) geregistreerd stond.

32. De kantonrechter kan niet anders dan vaststellen dat de overeenkomsten zelf geen gewag maken van de mogelijkheid dat de contractant met een restschuld blijft zitten, wanneer de aandelenkoersen zich niet ontwikkelen op een wijze die maakt dat de waarde van het aandelenpakket de koopsom van de aandelen overtreft. Evenmin waarschuwt de overeenkomst ervoor dat het totaalrendement van de overeenkomst negatief zal zijn, wanneer de verkoopsom van de aandelen na afloop van de looptijd lager is dan het totaal van de aankoopsom plus rentesom. Noch in de overeenkomst, noch in het rekenvoorbeeld staat expliciet vermeld hoeveel de aandelen in waarde moeten stijgen om een totaal rendement te verkrijgen dat positief is, laat staan dat wordt vermeld hoe hoog de waardestijging van de aandelen moet zijn om het rendement van een gewone spaarrekening te overtreffen.

Ook de brochure (een voorbeeld is als productie 3 bij antwoord/eis in het geding gebracht) vermeldt niet expliciet dat de cliënt bij een tegenvallende koersontwikkeling met een restschuld kan blijven zitten. De algemene kreet "resultaten uit het verleden bieden geen garantie voor de toekomst" kan wat dat betreft niet als een voldoende concrete waarschuwing worden beschouwd, te minder nu Dexia in de daaraan voorafgaande tekst van de brochure juist de nadruk legt op de gemiddelde resultaten uit dat verleden om te bepleiten dat het aangaan van de overeenkomst een winstgevende aangelegenheid is. De meegeestuurde brochure vermeldt op pagina 3 bovenaan (onder "Na drie jaar") enkel en alleen een resultaat waarbij koerswinst wordt uitbetaald. Op pagina vier (onder "Einde") wordt ook in het geheel niet gerefereerd aan een situatie waarin het beleggingsresultaat van dien aard is dat de koopsom niet uit de opbrengst van de aandelen kan worden voldaan. Zelfs het bestaan van een kans op een restschuld blijft op deze plaatsen en elders in de brochure onvermeld, een ommissie die de kantonrechter – bezien in het licht van het ontwerp-artikel 6:193d BW - misleidend acht. Ook het gegeven rekenvoorbeeld is in zoverre misleidend, dat het de verkoopopbrengsten alleen afzet tegen de aankoopsom, zonder daarbij tevens de betaalde rente te betrekken. Dat deze wordt meegenomen, kan hoogstens worden ontleend aan het feit dat in het bovenste geval in de tabel met rekenvoorbeelden een negatief "effectief rendement" wordt vermeld.

33. Bezien in het licht van hetgeen in r.o. 28 is overwogen ten aanzien van de zorgplicht van Dexia, is de kantonrechter van oordeel dat zij daarin tekortgeschoten is, nu niet klip en klaar is gewaarschuwd voor (of zelfs maar is gewezen op) de mogelijkheid dat de cliënt na afloop van de looptijd met een restschuld zou kunnen blijven zitten. Eén en ander betekent dat nu onderzocht moet worden of het niet nakomen door Dexia van deze zorgplicht met zich brengt dat Dexia aansprakelijk is voor de daarvan door de afnemer ondervonden negatieve gevolgen, hierna aan te duiden als het nadeel. De kantonrechter sluit zich (ook) op dit punt aan bij het oordeel van de collegae uit Amsterdam (zie onder meer LJN BA3914). De overwegingen 9.1 tot en met 9.10 van dat vonnis maakt de kantonrechter tot de zijne, meer in het bijzonder ook de systematiek van de categorieën voor toerekening van het nadeel aan elk der partijen (overweging 9.10).

34. Het door de kantonrechters te Amsterdam gehanteerde model gaat uit van vier verschillende categorieën cliënten van Dexia. Voor elk der categorieën neemt de kantonrechter een ander verdelingspercentage van het door de cliënt geleden nadeel in aanmerking. Voor zover de cliënt de door hem verschuldigde termijnen of een restant hoofdsom nog niet heeft betaald, wordt hij gekwetend voor die verplichtingen, behoudens tot het aan hem toe te rekenen percentage van het nadeel. Hierbij wordt opgemerkt dat de per categorie genoemde omstandigheden telkens cumulatief gelden, tenzij anders aangegeven. Voorts wordt vermeld dat onder netto gezinsinkomen mede wordt verstaan het inkomen van de echtgenoot dan wel de partner met wie de huishouding duurzaam wordt gedeeld.

Categorie-indeling

De hierna genoemde gegevens hebben betrekking op de situatie ten tijde van de totstandkoming van de lease-overeenkomst(en).

Categorie 1:

75% tot 85% van het nadeel voor rekening van Dexia, en het resterend percentage voor rekening van de afnemer. Deze categorie geldt voor afnemers die aan de volgende voorwaarden voldoen:

- * geen enkele beleggingservaring
- * en geen of nagenoeg geen vermogen
- * en een netto gezinsinkomen van minder dan € 15.000,00 per jaar (€ 1.250,00 per maand)
- * en een laag opleidingsniveau
- * en geen voor beleggen relevante beroepservaring.

Categorie 2:

55% tot 65% van het nadeel voor rekening van Dexia, en het resterend percentage voor rekening van de afnemer. Dit is de categorie voor een ieder die niet onder één van de andere categorieën valt.

Categorie 3:

30% tot 40% van het nadeel voor rekening van Dexia, en het resterend percentage voor rekening van de afnemer. Deze categorie geldt voor afnemers die aan de volgende voorwaarden voldoen:

- * geen relevante beleggingservaring
- * en vermogen minimaal 1x de lease-som
- * en/of een jaarlijks netto gezinsinkomen van zowel meer dan € 15.000,00 als meer dan 2/3 deel van de lease-som.

Categorie 4:

5% tot 15% van het nadeel voor rekening van Dexia en het resterend percentage voor rekening van de afnemer. Deze categorie geldt voor afnemers die aan de volgende voorwaarden voldoen:

- * redelijke beleggingservaring (open norm)
- * en vermogen minimaal 1x de lease-som
- * en/of een jaarlijks netto gezinsinkomen van zowel meer dan € 15.000,00 als meer dan 2/3 deel van de lease-som.

Ten aanzien van het ontstane nadeel en de verdeling daarvan.

35. Voor de beoordeling van de gevolgen van de schending van de zorgplicht aan de hand van het hiervoor in 9 omschreven model, is onvoldoende informatie voorhanden, in het bijzonder over de persoonlijke en financiële situatie van X. Ter gelegenheid van een te gelasten comparitie van partijen zullen de voor de toepassing van bedoeld model relevante omstandigheden ter sprake worden gebracht. Tevens zal bij die gelegenheid worden onderzocht of een schikking mogelijk is.

X wordt verzocht op voorhand ten behoeve van de comparitie van partijen schriftelijk een opgave te verstrekken van de navolgende gegevens zoals die waren ten tijde van het aangaan van de lease-overeenkomst, zo mogelijk onderbouwd met stukken:

- netto gezinsinkomen (zie r.o. 34, dus inclusief eventueel inkomen van een partner);
- vermogen (exclusief eigen woning en daarop rustende hypotheek);
- effectenbeleggingen in de twee voorafgaande jaren;
- een gespecificeerd overzicht van het totaal geleden nadeel, waarin tevens de in verband met de leaseovereenkomst(en) c.a. genoten voordelen (zoals ontvangen dividenden en fiscale voordelen) zijn verwerkt, één en ander dus met inbegrip van de rentekosten zoals die na verloop van de eerste drie jaar in het kader van de overeenkomst onder de naam "Korting Kado" zijn vastgesteld;
- opgave buitengerechtelijke incasso-activiteiten.

36. De kantonrechter verzoekt X om de genoemde gegevens, eventueel aangevuld met andere door of namens hem ter gelegenheid van de comparitie in te brengen stukken, uiterlijk 5 werkdagen voor de datum van de comparitie ter griffie in te dienen, onder gelijktijdige verzending van een afschrift daarvan aan (de gemachtigde van) de wederpartij. Stukken die later worden ingediend, kunnen buiten beschouwing worden gelaten zonder de mogelijkheid deze later alsnog over te leggen.

37. Gelet op het aantal beslissingen van principiële aard dat in dit vonnis is opgenomen, zal de kantonrechter partijen toelaten om hoger beroep in te stellen tegen deze beslissing. Met het oog daarop zal de zaak worden verwezen naar na te melden rolzitting, zodat partijen kunnen mededelen of hoger beroep is ingesteld. Mocht dat niet het geval zijn, dan verzoekt de kantonrechter hun om bij die gelegenheid opgaaf te doen van hun verhinderdata, waarna een dag en uur voor de comparitie zal worden vastgesteld. Elke verdere beoordeling en beslissing wordt aangehouden.

4. De beslissing:

De kantonrechter, alvorens nader te beslissen:

In conventie en in reconventie:

Verwijst de zaak naar de rolzitting van woensdag 9 juli 2008 te 10.30 uur om partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten als bedoeld in r.o. 37 en, desgewenst, opgaaf te doen van hun verhinderdata in de maanden september, oktober en november van 2008;

Verstaat dat het instellen van hoger beroep tegen dit vonnis is toegestaan;

Houdt elke verdere beslissing aan.

Aldus gewezen te Helmond door mr. R.J.M. Cremers, kantonrechter, en aldaar uitgesproken ter openbare terechtzitting van 26 maart 2008, in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot:

1. De uitspraak in grote lijnen

In deze procedure vordert een particuliere belegger die "uitgestapt" was uit de Duisenberg-regeling en eerder ingestapt was op de Bank Labouchere-producten "WinstVerDriedubbelaar" en "Korting Kado" verklaring voor recht van nietigheid wegens het ontbreken van een Wck-vergunning en als gevolg van vernietiging wegens dwaling, subsidiair ontbinding en meer subsidiair schadeplichtigheid wegens onrechtmatige daad (schending van de zorgplicht).

De kantonrechter (r.o. 7.2) volgt de opvatting van andere gerechten (nadien bevestigd door Hoge Raad 28 maart 2008, «JOR» 2008/131, m.nt. Lieverse) dat deze leaseproducten als huurkoop gekwalificeerd moeten worden, maar hij is niet van oordeel dat het om een consumentenkrediet gaat dat onder de werking van de Wck valt (r.o. 16-18). De argumentatie komt er kort gezegd op neer dat de producten niet onder Wck-goederenkrediet vallen, de wetgever deze producten bewust niet heeft aangewezen als Wck-krediet ook nadat hij van de leaseconstructie op de hoogte was geraakt, en dat de gevolgen van toepasselijkheid van de Wck zo verstrekkend zouden zijn dat het "de rechter niet past om achteraf anders te beslissen".

Het beroep op dwaling wordt verworpen (r.o. 23). Dat de belegger uit de toegezonden informatie niet heeft begrepen dat hij met geleend geld ging beleggen, komt voor zijn eigen risico: hij had de overeenkomst zorgvuldig moeten lezen en zich naar vermogen moeten inspannen om de reikwijdte ervan te begrijpen (r.o. 23). Een simpele rekensom had hem geleerd dat de termijnbedragen in werkelijkheid rente waren en een gemiddelde contractant zou dan begrijpen dat termijnbetalingen slechts rente betreffen. Bovendien is van algemene bekendheid dat het begrip "rente" een vergoeding betreft voor het lenen van geld (r.o. 24). Het moet de gemiddelde consument dan duidelijk zijn dat hij rente aan Dexia (opvolger van Bank Labouchere) betaalt en dat die aldus met geleend geld aandelen aankoopt. Bovendien heeft de belegger hier een HBO-opleiding zodat hij ofwel de constructie in zoverre had behoren te doorzien ofwel nader had moeten informeren bij de wederpartij naar de exacte aard van de verplichtingen (r.o. 25). De inhoud van de overeenkomsten kan redelijkerwijs niet tot de conclusie leiden dat sprake was van een spaarproduct (r.o. 26).

Het beroep op schending van de zorgplicht wordt wel gehonoreerd. Het gaat om een zeer risicovol product en Dexia had zich rekenschap moeten geven van de vraag of beleggers wel voldoende middelen zouden hebben om een eventuele restschuld te betalen. Zij had op niet mis te verstane wijze over de risico's moeten informeren en daarvoor te waarschuwen (r.o. 28), temeer omdat deze producten voor een breed publiek beschikbaar zijn gesteld. Daaronder bevonden zich naar te verwachten was ook personen die geen inzicht in beleggen hebben en reeds daarom diende Dexia in haar foldermateriaal, correspondentie en contracten nadrukkelijk te waarschuwen in bewoordingen die voor de ondeskundige afnemer duidelijk zijn. Die waarschuwing zou in elk geval moeten betreffen

de niet te verwaarlozen kans dat de totale inleg verloren zou gaan en een restschuld zou achterblijven (r.o. 29). Het informatiemateriaal wijst niet of nauwelijks op deze risico's en dus is Dexia tekortgeschoten in haar zorgplicht (r.o. 32-33).

Opmerkelijk in dit verband is overweging 30. Daarin wordt verwezen naar de Kaderrichtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn nr. 2005/29/EG d.d. 11 mei 2005 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (PbEU L 149); hierna: Richtlijn OHP). Deze richtlijn is nog niet geïmplementeerd in ons recht, maar het wetsontwerp is al wel in de Eerste Kamer in behandeling genomen (Kamerstukken I, 2007/08, 30 928). De kantonrechter wijst er op dat art. 6:193d Ontwerp BW (= art. 7 Richtlijn OHP) bepaalt dat een misleidende omissie een oneerlijke handelspraktijk oplevert als essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. De kantonrechter oordeelt dat dit ontwerp-artikel zozeer aansluit bij reeds bestaande rechtsopvattingen dat het een goed beeld van een breed levende gedachte over bescherming van consumenten geeft.

De kantonrechter kan, na te hebben geconcludeerd dat de waarschuwingsplicht is geschonden, vervolgens de zogenaamde Amsterdamse beslismodule toepassen (r.o. 34). De zaak eindigt vooralsnog met verwijzing naar een comparitie, niet alleen om informatie ten behoeve van de toepassing van deze module te verkrijgen maar ook om een schikking te beproeven (r.o. 35-37).

2. Aandelenlease als oneerlijke handelspraktijk?

De richtlijn OHP was hier niet van toepassing, maar zal voor toekomstige financiële producten wel relevant zijn. De richtlijn OHP is ook na implementatie in het Burgerlijk Wetboek natuurlijk niet van toepassing op de aandelenlease-affaire. Het nieuwe recht doet geen aansprakelijkheid ontstaan voor feiten die voltooid zijn voor inwerkingtreding van art. 6:193a BW en volgende (art. 68a jo. 69 Overgangswet NBW). Dat neemt niet weg dat de inhoud van die richtlijn al op andere wijze gedeeltelijk geldend recht in ons land was, bijvoorbeeld omdat veel van de materiële normen die de richtlijn geeft ook al in de wetbepalingen aangaande misleidende reclame neergeslagen waren. Wat dat betreft had de kantonrechter dus ook kunnen wijzen op het verbod van misleidende reclame in het huidige art. 6:194 BW. Misleidende omissies in wervingsmateriaal kunnen daar namelijk ook onder vallen; vergelijk bijvoorbeeld R.W. Holzhauer, Ontoelaatbare reclame, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 59-60.

3. Geen dwaling, wel schending waarschuwingsplicht?

Op het consumentbeeld dat in de uitspraak gehanteerd wordt, valt wel het een en ander af te dingen. Dat beeld betreft een gemiddelde HBO'er die zodra hij het woord "rente" ziet zich kennelijk wél moet realiseren dat hij met geleend geld te maken heeft waar hij rente over betaalt, maar die zich niet hoeft te realiseren dat hij met dat geleend geld beleggingen doet die hem met een restschuld kunnen achterlaten. Mogelijk is dit onderscheid ingegeven door het verschil in reikwijdte van de remedie die ingeroepen werd (dwaling over de aard van de overeenkomst met vernietiging als ingeroepen rechtsgevolg tegenover schending waarschuwingsplicht met aansprakelijkheid als ingeroepen rechtsgevolg), maar helemaal overtuigend vind ik het toch niet. Een consument die zich moet realiseren dat hij geld leent en daar een percentage rente over betaalt terwijl de voorgespiegelde rendementen boven die rente uitgaan, kan toch weinig anders dan zich ook realiseren dat met het hem geleende geld iets anders wordt gedaan dan rentedragend uitzetten?

Deze uitspraak is niet de enige waarin onderzoeks-, mededelings- en waarschuwingsplichten in het kader van dwaling een geheel andere wending krijgen dan in het kader van de zorgplicht (zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch, 6 november 2007, «JOR» 2007/309). Ik heb daar moeite mee; ik zou menen dat het dwalingsleerstuk wat dit betreft veel meer convergentie kan vertonen met de aansprakelijkheid wegens schending van een zorgplicht. Dat er verschillen in rechtsgevolg zijn, is juist, maar misschien moet juist daarom bij dwaling veel meer aandacht komen voor het alternatief voor vernietiging, de (gedwongen) aanpassing van de overeenkomst. De remedie moet niet leidend zijn, maar juist de materiële norm. En die norm lijkt in de richtlijn OHP duidelijker te worden vormgegeven: een handelspraktijk die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden ten aanzien van de risico's van het product is niet toegestaan (art. 6:193c BW). Dat geldt ook voor de marketing van financiële producten.

4. Bewijslastverdeling

Wat betreft bewijslastverdeling ten aanzien van misleidende omissies is het belangrijk om te beseffen dat het in beginsel de consument is die de oneerlijke handelspraktijk (de onrechtmatigheid), de toerekenbaarheid, het causaal verband en de schade moet bewijzen. Art. 6:193j, lid 2, BW komt de consument tegemoet met een omkering van bewijslast ten aanzien van de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad. Bovendien geeft art. 6:193 j, lid 1, BW een nog belangrijker bewijslastomkering, namelijk ten aanzien van de "materiële juistheid en volledigheid van de informatie" die de handelaar heeft verstrekt. Dit is nu ook al te vinden in het huidige art. 6:195 BW. De consument die stelt dat de informatie onjuist of onvolledig is, hoeft dit slechts te stellen en niet te bewijzen. Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 19.

5. Causaal verband: wat zou de gemiddelde consument hebben gedaan?

Wat betreft causaal verband tussen oneerlijke handelspraktijk en de geleden schade is nog het volgende van belang. Oneerlijk is de handelspraktijk die de gemiddelde consument ertoe brengt om een besluit te nemen dat hij anders niet zou hebben genomen. Immers, de "wezenlijke verstoring van het economische gedrag van consumenten" wordt gedefinieerd als "een handelspraktijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten." Er moet dus kort gezegd causaal verband zijn, tot op zekere hoogte vergelijkbaar met het vereiste van causaal verband zoals dat bij wilsgebreken aangetoond moet worden. De vraag is steeds: zou de consument een andere beslissing hebben genomen als de handelaar zich niet van de oneerlijke handelspraktijk had bediend? De complicatie is hier overigens dat de consument niet alleen moet bewijzen dat hij een ander besluit zou hebben genomen, maar ook dat een gemiddelde consument een ander besluit zou hebben genomen. Als de handelaar gemotiveerd ontkent dat gemiddelde consumenten zich zouden hebben laten beïnvloeden door de betreffende praktijk, dan is het aan de consument om zijn stelling dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk te bewijzen. Dat is anders indien de consument zich beroept op de zwarte lijst van verboden handelspraktijken (art. 6:193g resp. 6:193i BW), omdat de daar genoemde handelspraktijken onder alle omstandigheden oneerlijk zijn.

6. Ten slotte: publiekrechtelijke handhaving

Ik wijs er volledigheidshalve nog op dat de toepasselijkheid van art. 6:193a BW en volgende op financiële producten in zoverre van bijzonder belang is dat de materiële normering terzake van oneerlijke handelspraktijken publiekrechtelijk gehandhaafd zal kunnen worden door de Stichting Autoriteit Financiële Markten. Zie art. 3.4, lid 4, Wet Handhaving Consumentenbescherming (WHC) jo.

onderdeel D van de bijlage bij de WHC. Ingevolge art. III onder J van het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn OHP (Kamerstukken 30 928) wordt namelijk aan dat onderdeel D van de bijlage bij de WHC een verwijzing toegevoegd naar de richtlijn en de materiële normering van art. 8.8 WHC ("Een handelaar neemt de bepalingen van afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in acht"). Door dat samenstel van regels is na inwerkingtreding van wetsvoorstel 30 928 de AFM bevoegd om op te treden bij overtreding van artikel 8.8 WHC, voor zover deze overtreding betrekking heeft op een financiële dienst of activiteit. De AFM kan alsdan een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom opleggen. Het gaat hier om een opmerkelijke "fusie" van privaatrechtelijke normering en bestuursrechtelijke handhaving. Zie daarover nader W. H. van Boom, Tekst en toelichting Wet Handhaving Consumentenbescherming, Den Haag: Sdu 2007 en W.H. van Boom, Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken, Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken 2008, p. 4-24, steeds met verdere verwijzingen.

W.H. van Boom, hoogleraar privaatrecht, Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus School of Law.