

# ECLI:NL:GHSHE:2023:20

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	10-01-2023
Datum publicatie	11-01-2023
Zaaknummer	200.294.920_01
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	aandelenlease; wetenschap Dexia van advisering door tussenpersoon Spaar Select; afnemer niet gebonden aan WCAM-overeenkomst; verjaring.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.294.920/01

### arrest van 10 januari 2023

in de zaak van

**[appellant]** ,  
wonende te [woonplaats] ,  
appellant,  
hierna aan te duiden als de afnemer,  
advocaat: mr. J.B. Maliepaard te Rotterdam,

tegen

**Dexia Nederland B.V.**,  
gevestigd te [vestigingsplaats] ,  
geïntimeerde,  
hierna aan te duiden als Dexia,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

op het bij exploit van dagvaarding van 7 mei 2021 ingeleide hoger beroep van het tussenvonnissen van 18 november 2020 en het eindvonnissen van 10 februari 2021, door de kantonrechter van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, gewezen tussen Dexia als gedaagde en de afnemer als eiser.

## **1 Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer 8478729 / CV EXPL 20-1837)**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnissen.

## **2 Het geding in hoger beroep**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met producties;
- de memorie van antwoord;
- de akte uitlating jurisprudentie van de afnemer met producties;
- de antwoordakte van Dexia;
- de schriftelijke toelichting/het schriftelijk pleidooi van Dexia, met productie;
- de schriftelijke toelichting/het schriftelijk pleidooi van de afnemer.

De advocaat van de afnemer heeft aangevoerd dat hij de schriftelijke toelichting/pleitnota van Dexia pas op 14 oktober 2022 heeft ontvangen, en dus niet uiterlijk twee weken voor de roldatum van 25 oktober 2022 waarop de toelichting/pleitnota moest worden overgelegd. Dit wordt door Dexia niet betwist. Daarmee heeft Dexia inderdaad in strijd gehandeld met wat voor de gang van zaken bij een schriftelijk pleidooi/toelichting in het procesreglement is bepaald. Nu de afnemer niet stelt daardoor te zijn benadeeld, bij het opstellen van diens beknopte reactie op Dexia's pleidooi/toelichting of anderszins, betekent deze overtreding van Dexia naar het oordeel van het hof niet, zoals de afnemer bepleit, dat het recht op het overleggen van de pleitnota/toelichting, althans de eerste termijn daarvan, voor Dexia is vervallen. Toelating van de pleitnota/toelichting is, gelet op het voorgaande, niet in strijd met de goede procesorde.

Het hof heeft een datum bepaald voor arrest. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

## **3 De beoordeling**

3.1. De kantonrechter heeft in het bestreden eindvonnissen feiten vastgesteld die in hoger beroep niet zijn bestreden. Deze feiten luiden, voor zover relevant in hoger beroep, als volgt.

- a. De afnemer is op 9 juli 1999 met Dexia een effectenleaseovereenkomst aangegaan,

genaamd 'Overwaarde Effect'. De effectenleaseovereenkomst heeft een looptijd van 240 maanden en een leasesom van € 43.745,28.

De overeenkomst is geëindigd op 1 september 2004. Daarbij is een restschuld ontstaan van € 5.958,37, die door de afnemer is voldaan.

De gemachtigde van de afnemer, Leaseproces, heeft bij brief van 15 november 2007 de nietigheid, vernietiging, dan wel ontbinding van de overeenkomst ingeroepen op grond van misbruik van omstandigheden, wanprestatie, dwaling, onrechtmatige daad en/of misleidende reclame. Tevens wordt het recht voorbehouden daartoe ook andere gronden nog aan te voeren.

Namens de afnemer zijn (stuitings)brieven aan Dexia gezonden in 2007, 2009, 2012, 2015, 2016 en 2017.

3.2.1. De afnemer heeft in eerste aanleg gevorderd:

I. Voor recht te verklaren dat Dexia onrechtmatig jegens de afnemer heeft gehandeld en/of toerekenbaar jegens de afnemer tekort is geschoten op de in de dagvaarding genoemde gronden;

II. Dexia te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de afnemer te voldoen al hetgeen de afnemer aan Dexia heeft betaald onder de litigieuze overeenkomst, vermeerderd met de wettelijke rente daarover; en

III. Dexia te veroordelen tot betaling van de buitengerechtelijke kosten van de afnemer conform rapport Voorwerk II.

3.2.2. In het bestreden tussenvonnissen heeft de kantonrechter de afnemer toegelaten bewijs te leveren van feiten en omstandigheden waaruit valt af te leiden dat voor de afnemer geen opt-out verklaring nodig is om te kunnen worden ontvangen in zijn vorderingen, in die zin dat de afnemer niet onder de Duisenberg-regeling valt.

3.2.3. In het bestreden eindvonnis heeft de kantonrechter geoordeeld dat vaststaat dat de afnemer geen opt-out-verklaring heeft afgelegd en niet kan worden vastgesteld dat hij niet aan het vereiste tot het overleggen van een opt-out-verklaring hoeft te voldoen, zodat de afnemer voorsnog gebonden is aan de in januari 2007 algemeen verbindend verklaarde Duisenberg-regeling. De kantonrechter heeft de afnemer niet-ontvankelijk verklaard in zijn vorderingen en de afnemer in de proceskosten veroordeeld.

3.3.1. In hoger beroep heeft de afnemer één grief aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden vonnissen, en tot het alsnog toewijzen van de vorderingen van de afnemer.

3.3.2. Nu de afnemer geen grief heeft gericht tegen het bestreden tussenvonnis van 18 november 2020, zal hij niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn hoger beroep tegen dat vonnis.

#### Volmacht

3.4. Dexia heeft in eerste aanleg betwist dat Leaseproces nog steeds gevolmachtigd is om namens de afnemer deze procedure op te starten. Dexia heeft de kantonrechter daarom verzocht om Leaseproces te gelasten een recente volmacht te overleggen waaruit de wil blijkt van de afnemer om Dexia nog immer in rechte te betrekken.

Voor zover Dexia dit verweer in hoger beroep handhaaft, slaagt dit niet. De afnemer, en niet Leaseproces, is partij in deze procedure en de afnemer wordt vertegenwoordigd door zijn advocaat.

## Ontvankelijkheid

- 3.5. De afnemer heeft met zijn enige grief aangevoerd dat hij niet gebonden is aan de algemeen verbindend verklaarde Duisenberg-regeling, en dus ook geen opt-out-verklaring hoefde uit te brengen. Dexia refereert zich in hoger beroep aan het oordeel van het hof.
- 3.6. Het hof overweegt dat, zoals de afnemer onbetwist heeft gesteld, de effectenleaseovereenkomst van de afnemer een aflossingsproduct is in de zin van de WCAM-overeenkomst (productie 1 bij memorie van grieven), en dat sprake is van een tussentijdse beëindiging vóór 1 mei 2005. Op grond van artikel 6.1 van de WCAM-overeenkomst had de afnemer daarom geen recht op een vergoeding, zodat de afnemer ingevolge artikel 2.3 sub a) van de WCAM-overeenkomst niet werd aangemerkt als gerechtigde. De verbindendverklaring van de WCAM-overeenkomst geldt volgens de beschikking van 25 januari 2007 van het hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033) alleen voor personen die in artikel 2 als gerechtigden zijn omschreven. Daar hoort de afnemer dus niet bij. De afnemer is dus ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard in zijn vorderingen. De grief slaagt.

## Verjaring

- 3.7. Dexia heeft in eerste aanleg het verweer gevoerd dat de vordering van de afnemer is verjaard. Het hof verwerpt het beroep op verjaring en overweegt daartoe het volgende.
- 3.8. De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis (waaronder begrepen een vordering tot schadevergoeding) kan onder meer worden gestuit door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (artikel 3:317 lid 1 BW). Deze schriftelijke mededeling moet de strekking hebben van een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar, zodat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, ermee rekening kan houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwijl alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren. Bij de beoordeling of de mededeling aan de in artikel 3:317 lid 1 BW gestelde eisen voldoet, dient niet alleen te worden gelet op de formulering daarvan, maar ook op de context waarin de mededeling wordt gedaan en op de overige omstandigheden van het geval (zie onder meer HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:111).
- 3.9. In de onderhavige zaak is de effectenleaseovereenkomst tussentijds geëindigd op 1 september 2004 waarbij Dexia de eindafrekening heeft opgemaakt. Uit de eindafrekening blijkt dat de afnemer een bedrag aan Dexia moest betalen, althans zijn inleg (deels) was kwijtgeraakt, wegens op de effectenportefeuille geleden verliezen. Daarmee is de afnemer op (dan wel kort na) de datum van de afrekening bekend geworden met de schade die de afnemer door het aangaan van de effectenleaseovereenkomst had geleden, zodat op dat moment de verjaringstermijn van vijf jaar uit hoofde van artikel 3:310 lid 1 BW is gaan lopen.
- 3.10. In de eerste sommatiebrief heeft de afnemer zich onder meer beroepen op artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) en zich het recht voorbehouden nog andere gronden aan te voeren. De afnemer heeft deze brief niet overgelegd, maar wel gesteld dat in deze brief Dexia tevens is gesommeerd om alle door de afnemer onder de effectenleaseovereenkomst betaalde bedragen terug te betalen (inleidende dagvaarding, 131 en conclusie van repliek, 42-44), wat Dexia niet heeft betwist (conclusie van antwoord, 25). Vervolgens heeft de afnemer de in het bestreden vonnis genoemde brieven/sommaties gestuurd waarin de afnemer telkens uitdrukkelijk verklaarde zich alle rechten jegens Dexia voor te behouden. Laatstgenoemde brieven waren afkomstig van de gemachtigde van de afnemer, die de brieven telkens verstuurde namens een groot aantal particulieren die waren gedupeerd door de door hen gesloten effectenleaseovereenkomsten. Voor Dexia was het daarom duidelijk (althans had het duidelijk moeten zijn) dat de afnemer hiermee beoogde de vordering te stuiten tot vergoeding van schade die de afnemer op grond van de effectenleaseovereenkomst had geleden. Hoewel de afnemer geen gerechtigde was onder de WCAM-overeenkomst, was het voor Dexia, in het licht van de WCAM-procedure en de verwijten die

in het verzoekschrift d.d. 18 november 2005 waren opgenomen, voldoende duidelijk welke verwijten haar werden gemaakt ten aanzien van de door haar aangeboden effectenleaseovereenkomsten (het schenden van de vergunningsplicht door tussenpersonen wordt daar genoemd). Daarmee was het voor Dexia duidelijk welke feiten aanleiding gaven tot het instellen van de vorderingen en op welke juridische grondslagen die vorderingen werden gebaseerd. Gezien deze context voldeden de brieven aan de vereisten die artikel 3:317 lid 1 BW aan een geldige stuiting stelt. Dit betekent dat, gelet op de verjaringstermijn van vijf jaar die op grond van artikel 3:310 lid 1 BW hier geldt, met genoemde brieven de vordering van de afnemer tijdig is gestuit. Toen de afnemer zijn vordering instelde, was deze dan ook nog niet verjaard.

#### Zorgplicht en causaal verband

- 3.11. Tussen partijen is niet in geschil dat Dexia de afnemer voorafgaand aan het sluiten van de effectenleaseovereenkomst niet indringend heeft gewaarschuwd voor het risico dat bij tussentijdse beëindiging van de effectenleaseovereenkomst een restschuld kon ontstaan. Dexia betwist het bestaan van causaal verband tussen het schenden van de waarschuwplicht door Dexia en het aangaan van de effectenleaseovereenkomst door de afnemer.
- 3.12. Het hof overweegt dat de afnemer bij inleidende dagvaarding gemotiveerd heeft gesteld dat: de effectenleaseovereenkomst door het handelen van Dexia is gesloten, Dexia haar waarschuwplicht heeft geschonden, de effectenleaseovereenkomst bij een juist handelen van Dexia niet zou zijn gesloten, en de afnemer daardoor schade heeft geleden. Gelet op het bepaalde in het arrest van de Hoge Raad 5 juni 2009 ECLI:NL:HR:2009:BH2815, rov. 5.5.3, lag het daarom op de weg van Dexia om haar verweer dat van een dergelijk causaal verband geen sprake is voldoende concreet te onderbouwen. Dexia heeft ter onderbouwing van dit verweer geen specifieke feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat afnemer de effectenleaseovereenkomst ook zou hebben gesloten als hij voor de risico's ervan indringend was gewaarschuwd. Gezien het ontbreken van een dergelijke concrete onderbouwing gaat het hof aan dit verweer voorbij.
- De stellingen van Dexia over het al dan niet bij de afnemer aanwezige begrip ten aanzien van het restschuldrisico kunnen niet tot een ander oordeel leiden. De waarschuwplicht strekt er immers mede toe om de afnemer, ook al is hij zich op grond van de door Dexia verschaft informatie bewust van de aan de effectenleaseovereenkomst verbonden risico's, indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan (onder meer voornoemd arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2009, rov. 4.10.3.).
- Anders dan Dexia betoogt leidt het enkele feit dat de afnemer de effectenleaseovereenkomst heeft getekend in combinatie met de vaststelling dat er sprake is van bovengenoemd causaal verband, ook niet tot een vermindering van de verderop in dit arrest behandelde vergoedingsplicht van Dexia.
- 3.13. Uit het voorgaande volgt dat Dexia toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar bijzondere zorgplicht die zij jegens de afnemer in acht diende te nemen. Tevens heeft Dexia in zoverre onrechtmatig gehandeld jegens de afnemer. De door de afnemer gevorderde verklaring voor recht ten aanzien van de schending van de waarschuwplicht is daarom toewijsbaar.
- 3.14. Wat betreft het tweede in de inleidende dagvaarding genoemde verwijt (schending informatieverplichting) heeft de afnemer niet gesteld dat sprake is van een financieel onaanvaardbaar zware last. Bij gebreke van een nadere toelichting gaat het hof ervan uit dat de afnemer bij een verklaring voor recht met betrekking tot dit verwijt geen belang heeft, zodat deze niet toewijsbaar is.

#### Advisering Spaar Select en wetenschap Dexia

- 3.15. De afnemer heeft onder meer gesteld dat Dexia bij de totstandkoming van de leaseovereenkomst is tekortgeschoten in haar (precontractuele) verplichtingen en onrechtmatig

heeft gehandeld jegens de afnemer omdat Dexia in strijd heeft gehandeld met artikel 41 van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999.

- 3.16. Tussen partijen staat vast dat de effectenleaseovereenkomst tussen Dexia en de afnemer tot stand is gekomen door tussenkomst van Spaar Select die als bemiddelaar optrad. Daarmee is Spaar Select bij de totstandkoming van de effectenleaseovereenkomst opgetreden als effectenbemiddelaar in de zin van (het destijds geldende) artikel 1b onder 1 Wte (oud).
- 3.17. Een effectenbemiddelaar die mogelijk cliënten aanbrengt bij een effecteninstelling, wordt ook cliëntenremisier genoemd. Spaar Select had geen vergunning zoals bedoeld in artikel 7 lid 1 Wte (oud), om als effectenbemiddelaar diensten aan te bieden. Zij kon echter aanspraak maken op de generieke vrijstelling van artikel 12 lid 1 Vrijstellingsregeling Wte (oud) om cliënten aan te brengen bij een effecteninstelling zoals Dexia, die zelf over een vergunning beschikte. De reden van deze vrijstelling was dat de instelling bij wie de cliënt werd aangebracht, zelf al aan toezicht was onderworpen, dan wel daarvan was vrijgesteld. Het stond Spaar Select als cliëntenremisier niet vrij om zonder vergunning mede op te treden als beleggingsadviseur. Artikel 41 van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (en voorheen artikel 25 van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1995) verbood Dexia om een effectenleaseovereenkomst met een klant aan te gaan indien zij wist of behoorde te weten dat de daarbij optredende tussenpersoon, zonder te beschikken over de daarvoor benodigde vergunning, tevens als financieel adviseur was opgetreden. Deze laatste omstandigheid – het contracteren in weerwil van dit verbod – moet Dexia in een dergelijk geval bij de toepassing van artikel 6:101 BW zwaar worden aangerekend. Bij effectenleaseovereenkomsten die op deze manier tot stand zijn gekomen, is de inhoud van het advies niet meer van belang, evenmin als een eventueel eigen inzicht van de klant in het aan te schaffen product. Dexia had de klant immers hoe dan ook moeten weigeren. De billijkheid eist dan in beginsel dat de vergoedingsplicht van Dexia geheel in stand blijft, zowel wat betreft een eventuele restschuld als wat betreft de reeds betaalde rente, aflossing en kosten. Dit geldt ook als de mogelijke financiële gevolgen van de effectenleaseovereenkomst geen onaanvaardbaar zware last vormen (HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, en HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935).
- 3.18. Kortom, voor de beantwoording van de vraag of de vergoedingsplicht van Dexia geheel in stand blijft, moet worden beoordeeld of: (i) de klant voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst door Spaar Select in de uitoefening van haar bedrijf is geadviseerd, en (ii) of Dexia dit wist of behoorde te weten.
- 3.19. Het hof verwijst verder voor het toepasselijke juridisch kader naar het arrest van de Hoge Raad van 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:862, rov. 2.7.1 t/m 2.10.21. In het bijzonder heeft de Hoge Raad in dit arrest geoordeeld dat het antwoord op de vraag wanneer een effectenleaseovereenkomst is aangegaan na advies door een daarbij optredende tussenpersoon dient te worden gevonden door vast te stellen van welke – als 'beleggingsadvies' te kwalificeren – activiteiten een cliëntenremisier zich diende te onthouden om vrijgesteld te blijven van de vergunningplicht (rov. 2.10.1). De reikwijdte van deze vrijstelling dient als volgt te worden bepaald (rov. 2.10.13):
- een tussenpersoon gaat de reikwijdte van de vrijstelling te buiten indien hij een bepaalde afnemer het aangaan van een specifieke effectenleaseovereenkomst of ander specifiek financieel product aanbeveelt;
  - het moet gaan om een gepersonaliseerde aanbeveling, dat wil zeggen dat zij voorgesteld is als geschikt voor deze afnemer, of berust op een afweging van de persoonlijke omstandigheden van de afnemer;
  - het moet gaan om een aanbeveling die de tussenpersoon doet in het kader van zijn beroep of bedrijf; daarvan kan ook sprake zijn als de tussenpersoon een dergelijke aanbeveling slechts incidenteel of zelfs eenmalig doet;
  - geen vergunning behoeft de tussenpersoon voor het verstrekken van algemene informatie over

wat effectenleaseovereenkomsten zijn, en evenmin voor het verstrekken van algemeen advies (waarbij in algemene zin wordt aangeraden een, verder op geen enkele wijze nader bepaalde, effectenleaseovereenkomst te sluiten);

- uit de enkele omstandigheid dat een tussenpersoon met de afnemer een aanvraagformulier invult, waarbij in voorkomende gevallen een fondskeuze aangekruist wordt, en dit opstuurt, volgt niet dat de tussenpersoon heeft geadviseerd.

- 3.20. In de onderhavige zaak heeft de afnemer een concrete uiteenzetting gegeven van de wijze waarop Spaar Select in dit geval heeft bemiddeld bij de totstandkoming van de effectenleaseovereenkomst, onder "A. Feiten in deze zaak" van de inleidende dagvaarding. De stellingen van de afnemer komen, samengevat, op het volgende neer. De afnemer heeft een of meerdere persoonlijke gesprekken gevoerd met een medewerker van Spaar Select. Daarbij is besproken dat de afnemer (extra) vermogen wenste op te bouwen, met welk doel, en welke middelen de afnemer daarvoor beschikbaar zou hebben. Naar aanleiding hiervan is de afnemer door de medewerker van Spaar Select geadviseerd om een specifiek effectenleaseproduct van Dexia af te nemen. Dit product was volgens de Spaar Select medewerker geschikt voor de situatie van de afnemer. De afnemer heeft op het advies van de medewerker van Spaar Select vertrouwd en heeft dit advies opgevolgd. Vervolgens is het contract aan de afnemer gestuurd en is de afnemer de effectenleaseovereenkomst aangegaan, aldus de afnemer. De aldus jegens de afnemer gevolgde handelwijze stemt volgens de afnemer overeen met de gebruikelijke werkwijze van Spaar Select, waartoe de afnemer heeft verwezen naar de producties die hierna zijn weergegeven.
- 3.21. Dexia heeft de stellingen van de afnemer niet betwist. Dexia heeft de stellingen van de afnemer slechts in algemene zin betwist. Volgens haar volgt uit diverse door haar overgelegde producties dan wel verklaringen dat de werkwijze van Spaar Select veelvuldig was beperkt tot het doen van algemene aanprijzingen.
- 3.22. Voorop staat dat de door de afnemer geschetste betrokkenheid van Spaar Select bij de totstandkoming van de effectenleaseovereenkomst, indien deze komt vast te staan, in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad van 10 juni 2022 moet worden gekwalificeerd als advisering. Het hof verwerpt daarmee het verweer van Dexia, zoals zij dat onder meer in haar schriftelijk pleidooi onder verwijzing naar de door haar overgelegde opinie heeft gevoerd, dat de door de afnemer gestelde betrokkenheid niet als advisering in de zin van artikel 41 Nadere Regeling 1999 kan worden aangemerkt. Naar het oordeel van het hof volgt uit de door de afnemer overgelegde producties, zoals die hierna zijn weergegeven, voldoende dat Spaar Select een gebruikelijke werkwijze had die aansluit bij de concrete stellingen van de afnemer over hoe Spaar Select in zijn geval heeft gehandeld. Daarmee heeft de afnemer zijn stelling dat er is geadviseerd voldoende gemotiveerd onderbouwd. Het had op de weg van Dexia gelegen om concreet te stellen en toe te lichten dat en op welke wijze in onderhavig geval is afgeweken van die gebruikelijke werkwijze. Het in algemene bewoordingen geformuleerd verweer dat Spaar Select zich in veel zaken onthield van het geven van advies, is daartoe onvoldoende. De stelling van Dexia dat hiermee een verzwaarde stelplecht op Dexia komt te liggen, waaraan zij onmogelijk zou kunnen voldoen, wordt door het hof verworpen. Zoals hierna wordt overwogen, was Dexia er destijds mee bekend dat Spaar Select standaard, althans op grote schaal, beleggingsadvies gaf aan de cliënten die Spaar Select als remisier vervolgens bij Dexia aanbracht als afnemers van effectenleaseproducten. Het had daarom in het kader van de verplichtingen van Dexia ingevolge artikel 41 Nadere Regeling 1999 op de weg van Dexia gelegen om bij de totstandkoming van de effectenleaseovereenkomst met de afnemer navraag te doen bij Spaar Select wat de aard van de betrokkenheid van Spaar Select was geweest. Zo had Dexia kunnen en moeten beoordelen of zij de effectenleaseovereenkomst met de afnemer kon en mocht aangaan. Anders dan Dexia betoogt, kon het inwinnen van deze informatie redelijkerwijs van haar verlangd worden zodat deze zich wel degelijk in haar domein bevond. Dexia heeft een dergelijk onderzoek kennelijk niet verricht, althans zij heeft hieromtrent niets gesteld. De gevolgen van dit nalaten, dat meebrengt dat Dexia

in onderhavige zaak nu kennelijk niet meer in staat is om gemotiveerd te onderbouwen dat er in onderhavige zaak geen advies is verleend, komen voor risico van Dexia.

Bovendien heeft Dexia niet uitgelegd op basis waarvan zij in haar memorandum van 26 maart 2007 (zie citaten hierna) tot de conclusie is gekomen dat de werkzaamheden van tussenpersonen zelden beperkt zijn gebleven tot het aanbrenge van een klant, maar dat doorgaans daarnaast sprake is geweest van het geven van beleggingsadvies. Evenmin heeft zij uitgelegd hoe deze conclusie – en het onderzoek dat daaraan kennelijk vooraf is gegaan – zich verdraagt met haar stelling dat het voor haar niet mogelijk is na te gaan in welke gevallen wel of niet is geadviseerd. Uit het memorandum volgt niet, zoals Dexia stelt, dat slechts is verondersteld dat door tussenpersonen beleggingsadviezen zijn gegeven.

Dexia heeft dan ook niet althans onvoldoende gemotiveerd betwist dat de afnemer voorafgaand aan het sluiten van de effectenleaseovereenkomst een gepersonaliseerde aanbeveling tot het aangaan van die overeenkomst heeft gekregen van Spaar Select in de uitoefening van haar bedrijf. Dit neemt het hof dan ook als vaststaand aan. Dit betekent dat de afnemer de effectenleaseovereenkomst is aangegaan na advies door Spaar Select die daarbij de reikwijdte van haar vrijstelling van de vergunningplicht heeft overschreden.

3.23. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of Dexia bij het sluiten van de effectenleaseovereenkomst wist dat sprake was van deze advisering door Spaar Select of dit behoorde te weten. Volgens de afnemer dient de vraag bevestigend te worden beantwoord. Er was volgens de afnemer sprake van een nauwe samenwerking tussen Dexia en Spaar Select. Ter onderbouwing van deze stellingen heeft de afnemer onder meer verwezen naar de volgende producties.

a. De volgende tekst van de website van Spaar Select van april 2001:

“Spaar Select is een onafhankelijk financieel adviesbureau gespecialiseerd in Persoonlijke Financiële Planning. Wat houdt dit nu precies in? U krijgt vast en zeker ook regelmatig standaardaanbiedingen in de brievenbus. Deze aanbiedingen zijn echter niet op uw persoonlijke situatie afgestemd. Spaar Select daarentegen gaat wél uit van uw persoonlijke situatie. Wij maken samen met u een planning om op korte, middellange en lange termijn al uw wensen te realiseren (...)

De Adviseur begint met een inventarisatie van uw huidige situatie. Alvorens hij een advies kan geven is het belangrijk te weten welke zaken u reeds geregeld heeft en welke zaken nog niet. Het heeft immers geen zin om dingen dubbel te regelen.

Naar aanleiding van uw wensen wordt er bepaald wat de meest geschikte spaarvorm is om uw wensen te realiseren. Dat kan door middel van diverse spaar- en beleggingsproducten, zoals hypotheek, eigen huis sparen, aandelenleasen, lijfrentes, en bedrijfssparen. Tot slot bepaalt uw accountmanager welke bank of verzekeringsmaatschappij u de beste aanbieding kan doen om uw wensen te realiseren. In de vorm van een Persoonlijk Financieel Plan presenteert uw accountmanager hoe u al uw wensen kunt realiseren tegen zo laag mogelijke kosten. En dat is nu ‘Het effect van Spaar Select’.

Persoonlijke Financiële Planning dient afgestemd te worden op uw eigen specifieke situatie. Het is dan ook onmogelijk om u op deze site een voorbeeld van een Persoonlijk Financieel Plan te laten zien. Indien u wilt weten hoe u uw wensen kunt realiseren door optimaal gebruik te maken van uw bestaande middelen, kunt u een



afpraak maken met één van onze Adviseurs. Middels een Persoonlijk Financieel Plan afgestemd op uw situatie zal u dan duidelijk worden dat u meer financiële mogelijkheden heeft dan u zelf had durven dromen.”

Het jaarverslag 1997 van Bank Labouchere, de rechtsvoorganger van Dexia:

“Onder de naam Bank Labouchere worden ook leaseproducten ontwikkeld voor distributie via onafhankelijke intermediairs. Deze producten zijn gericht op spaarders en beleggers die behoefte hebben aan een persoonlijk advies door een onafhankelijk intermediair. Dit voorziet in een duidelijke behoefte.”

Een verklaring van [persoon A] , van 1993 tot 2002 directeur van Spaar Select, van 26 september 2013. Hierin verklaart [persoon A] onder meer:

“Spaar Select kreeg daarbij commerciële ondersteuning van Bank Labouchere. (...)

Tussen Spaar Select en Bank Labouchere c.q. Dexia bestond intensief contact. Ons aanspreekpunt was [persoon B] , die ons wekelijks bezocht en op de hoogte was van de werkwijze van Spaar Select.”

Een e-mailbericht van [persoon B] , voormalig directeur bij het onderdeel Beleggingsproducten van Dexia, waarin deze antwoordt op vragen van de gemachtigde van de afnemer, en dat voor zover relevant als volgt luidt:

“Was u ermee bekend dat de adviseurs van Spaar Select hun klanten veelal thuis bezochten en hen, al dan niet door middel van een zgn. Financieel Plan, adviseerden om op bepaalde aandelenleaseproducten in te schrijven?

Antw: Ja. De adviseurs van Spaar Select c.q. Spaar Select bemiddelden bij de klanten thuis op afspraak. Met het oog op de zorgvuldigheid, de controlemogelijkheid en de zoveel mogelijke eenduidigheid in zo'n grote organisatie als Spaar Select vonden de klantgesprekken thuis bij de klanten van Spaar Select plaats volgens een gereguleerde gespreksopzet en verslaglegging. (...)

Een e-mailbericht van mevrouw [de adviseur] , voormalig medewerker van Spaar Select, aan de gemachtigde van de afnemer waarin zij verklaart over de vaste werkwijze van Spaar Select (het geven van persoonlijke adviezen) en over de contacten met [persoon B] en de wetenschap van [persoon B] over de werkwijze van Spaar Select.

De volgende tekst van de websites van Dexia:

“Labouchere Beleggingsproducten

Met de effectenleaseproducten van Labouchere Beleggingsproducten is het voor iedereen mogelijk kansrijk te beleggen. Ze zijn bestemd voor particulieren die op basis van hun financiële situatie deskundig advies van gespecialiseerde onafhankelijke financiële adviseurs wensen.” (mei 2000)

“De producten worden uitsluitend aangeboden via onafhankelijke, gespecialiseerde financiële adviseurs in ons land. Hun kwaliteit en kennis van zaken garandeert hun cliënten een met zorg omkleed, persoonlijk advies. Door training en begeleiding van de financiële adviseurs houden de accountmanagers van Labouchere Beleggingsproducten hen uitvoerig op de hoogte van de verschillende producten.” (mei 2000)

“Deze bieden wij u als marktleider aan via gespecialiseerde, onafhankelijke financiële adviseurs, die u in deze fiscaal ingewikkelde tijden deskundig begeleiden bij de snelle en efficiënte opbouw van een aantrekkelijk kapitaal. De zorgvuldig geselecteerde tussenpersonen kunnen rekenen op

voortdurende training en ondersteuning door de accountmanagers van Bank Labouchere. Deze accountmanagers houden de tussenpersonen tevens op de hoogte van nieuwe producten en de mogelijkheden daarvan. Zo verzekert u zichzelf van een met zorg omkleed maatadvies, toegesneden op uw persoonlijke financiële planning.” (oktober 2000)

“Deze bieden wij u aan via gespecialiseerde, onafhankelijke financieel adviseurs. De zorgvuldig geselecteerde financieel intermediairs kunnen u in deze fiscaal ingewikkelde tijden deskundig begeleiden bij de snelle en efficiënte opbouw van een aantrekkelijk kapitaal. De financieel intermediairs van Bank Labouchere Beleggingsproducten worden continue getraind, ondersteund en op de hoogte gehouden van nieuwe ontwikkelingen en producten.” (augustus 2001)

Een memorandum, opgesteld door Dexia, waarin onder meer het volgende staat:

“1.5 Tussenpersonen kwalificeerden onder de werking van de toenmalige Wet Toezicht Effectenverkeer 1995 ('Wte') als cliëntenremisiers. De werkzaamheden van de tussenpersonen zijn zelden beperkt gebleven tot de werkzaamheden van een cliëntenremisier in strikte zin, namelijk tot het aanbrengen van een cliënt bij een effecteninstelling. Doorgaans is er daarnaast sprake geweest van het geven van beleggingsadvies. (...)”

En in 5.1 van bedoeld memorandum:

“Hierboven is aan de orde geweest dat tussenpersonen die hebben bemiddeld terzake van effectenleaseproducten in de praktijk doorgaans ook hebben gefungeerd als beleggingsadviseur van de desbetreffende lessee. (...)”

- 3.24. Dexia heeft opgemerkt dat de tekst van de website van Spaar Select dateert van april 2001 en dus van voor of na het sluiten van de effectenleaseovereenkomst, en/of opgemerkt dat de tekst van de website van Spaar Select slechts getuigt van de ambities van Spaar Select, niet van de realiteit. Dexia heeft echter niet althans onvoldoende gemotiveerd betwist dat de tekst van de website de algemene werkwijze van Spaar Select ten tijde van het aangaan van de effectenleaseovereenkomst correct weergeeft. Daaraan doet niet af dat de werkwijze niet in alle gevallen steeds gevolgd is zoals op de website beschreven.
- 3.25. Dexia heeft voorts de authenticiteit van de verklaringen [persoon A] (onder c), [persoon B] (onder d) en [de adviseur] (onder e) betwist. Deze betwisting heeft zij naar het oordeel van het hof niet althans onvoldoende gemotiveerd. Dexia legt niet uit waarom het voor haar bijvoorbeeld niet mogelijk is geweest om deze personen te vragen of het klopt dat zij deze verklaringen hebben afgelegd. De stelling van Dexia dat de verklaring van [persoon A] kennelijk onwaarachtig is, omdat Dexia die verklaring op een enkel onderdeel ongeloofwaardig vindt, is dan ook een onvoldoende betwisting van de authenticiteit van de verklaring. Het hof neemt dan ook als vaststaand aan dat het hier daadwerkelijk gaat om authentieke verklaringen. Anders dan Dexia stelt, staat in de verklaring van [persoon A] niet dat binnen Spaar Select niemand bekend was met de risico's die aan aandelenleaseproducten waren verbonden (punt 8 van de verklaring). Dit punt is daarnaast niet relevant voor waar het hier om gaat, namelijk Dexia's bekendheid met de werkwijze van Spaar Select waarbij klanten werden geadviseerd. Voor het overige heeft Dexia de inhoud van de citaten onder (a) tot en met (g) als zodanig verder niet betwist. Naar het oordeel van het hof volgt hieruit dat Dexia, in de periode dat de afnemer de effectenleaseovereenkomst sloot, nauw samenwerkte met Spaar Select bij de verkoop van de producten van Dexia door Spaar Select en in dat kader er ook mee bekend was dat Spaar Select standaard, althans op grote schaal, beleggingsadvies gaf aan de cliënten die zij als remisier vervolgens bij Dexia aanbracht als afnemers van effectenleaseproducten.
- 3.26. Dexia heeft verwezen naar een getuigenverklaring van [voormalig medewerker] van een franchisenemer van Spaar Select, van 5 september 2018. Dexia heeft daarnaast verwezen naar getuigenverklaringen van [getuige 1] , [getuige 2] , [getuige 3] en [getuige 4] . Uit de

getuigenverklaring van [voormalig medewerker] die Dexia heeft overgelegd, leidt het hof niet af dat in de klantgesprekken die deze medewerker voerde niet werd geadviseerd. In elk geval is een enkele verklaring van een medewerker van (een franchisenemer van) Spaar Select van onvoldoende gewicht om af te doen aan hetgeen volgt uit de inhoud van de citaten onder (a) tot en met (g) over de gebruikelijke werkwijze van Spaar Select. De overige getuigenverklaringen waarnaar Dexia verwijst, leggen in dit verband eveneens te weinig gewicht in de schaal, en hebben bovendien niet specifiek betrekking op Spaar Select, zodat zij om die reden niet kunnen leiden tot een ander oordeel.

3.27. Dexia verwijst voorts naar verklaringen en brieven van afnemers ter onderbouwing van haar stelling dat effectenleaseovereenkomsten op verschillende wijze werden afgesloten door tussenpersonen, en ter onderbouwing van haar betwisting dat Spaar Select een vaste werkwijze had waarbij zij klanten adviseerde. Het hof overweegt dat alleen bij enkele verklaringen is op te maken dat deze betrekking hebben op Spaar Select. Uit (nagenoeg) al deze verklaringen van klanten over hoe de gesprekken met de medewerker van Spaar Select zijn verlopen, volgt dat het doel van de gewenste vermogensopbouw en de financiële middelen die de klant daarvoor beschikbaar had, in die gesprekken zijn besproken en dat aan de klanten vervolgens een daarbij passend product als deugdelijk is gepresenteerd. Uit de verklaringen volgt in elk geval niet dat Spaar Select de klant niet heeft geadviseerd. Dat de klant zich kennelijk realiseerde dat Spaar Select (ook) een product wilde verkopen, is er niet mee onverenigbaar dat hij tevens door Spaar Select is geadviseerd. Uit de overige verklaringen en brieven, voor zover Dexia in de processtukken daarnaar verwijst, volgt niet dat deze betrekking hebben op Spaar Select. Bovendien doet de omstandigheid dat in bepaalde gevallen mogelijk niet door Spaar Select zou zijn geadviseerd er niet aan af dat uit bovengenoemde citaten onder (a) tot en met (g) volgt dat dit wel de gebruikelijke werkwijze was van Spaar Select, althans dat zij dit op grote schaal deed, en dat Dexia daarmee bekend was.

3.28. Alles overziend, komt het hof in deze zaak tot het volgende oordeel. Dexia was ermee bekend dat in het kader van de gebruikelijke werkwijze van Spaar Select advies werd verleend aan potentiële klanten. Gezien die gebruikelijke werkwijze had het op de weg van Dexia gelegen, zoals hiervoor is overwogen, om bij de totstandkoming van de effectenleaseovereenkomst met de afnemer navraag te doen bij Spaar Select om te beoordelen of er al dan niet was geadviseerd. Indien Dexia al niet wist dat de afnemer door Spaar Select was geadviseerd, dan had zij dus behoren te weten dat Spaar Select de afnemer had geadviseerd, in de zin dat deze een gepersonaliseerde aanbeveling had gekregen van Spaar Select tot het aangaan van de effectenleaseovereenkomst. Voor bewijslevering op dit punt is dan ook geen plaats.

3.29. Gelet op het voorgaande heeft Dexia bij het aangaan van de effectenleaseovereenkomst met de afnemer in strijd gehandeld met artikel 41 van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999. In dit geval eist de billijkheid daarom dat de vergoedingsplicht van Dexia geheel in stand blijft, voor zowel de restschuld van de afnemer als voor de door deze betaalde rente, aflossing en kosten. Het beroep op eigen schuld gaat dan ook niet op.

De gevorderde verklaring voor recht zal daarom worden toegewezen, in die zin dat voor recht wordt verklaard dat Dexia onrechtmatig jegens de afnemer heeft gehandeld doordat Dexia niet heeft geweigerd de effectenleaseovereenkomst met de afnemer aan te gaan, terwijl de afnemer als potentiële cliënt bij Dexia was aangebracht door een cliëntenremisier die, in strijd met de Wte 1995, tevens beleggingsadvieswerkzaamheden heeft verricht zonder over de daarvoor noodzakelijke vergunning te beschikken, en Dexia hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn.

### Schade

3.30. De schade die de afnemer heeft geleden als gevolg van de toerekenbare tekortkoming/ het onrechtmatig handelen van Dexia, dient Dexia te vergoeden. Deze schade bestaat uit de door de afnemer betaalde inleg (termijnbetalingen en eventuele aflossingen) en restschuld, verminderd

met eventuele dividenduitkeringen en fiscaal voordeel, en vermeerderd met de wettelijke rente over het bedrag van die schade, telkens vanaf het moment waarop het desbetreffende gedeelte van de inleg/restschuld daadwerkelijk is voldaan tot de dag van algehele voldoening.

Dat de schade dient te worden verminderd met door de afnemer genoten fiscaal voordeel is tussen partijen niet in geschil. De afnemer heeft in eerste aanleg niet betwist dat hij fiscaal voordeel heeft genoten, maar heeft de hoogte van het aanvankelijk door Dexia gestelde fiscaal voordeel betwist. Dexia heeft vervolgens de hoogte van het fiscale voordeel opnieuw berekend en gesteld dat dit € 1.412,64 bedraagt. Dit heeft de afnemer vervolgens niet betwist. Nu het gaat om daadwerkelijk genoten voordeel had het op de weg van de afnemer gelegen om duidelijk te maken welke bedragen aan rente hij in de desbetreffende jaren in aftrek heeft gebracht op de door hem te betalen belasting. Bij gebreke van een dergelijke gemotiveerde betwisting, gaat het hof ervan uit dat het fiscaal voordeel € 1.412,64 bedraagt.

Gelet op het stadium waarin het debat over de omvang van de schade voor het overige verkeert, ziet het hof aanleiding de te vergoeden schade te formuleren zoals in het dictum bepaald, en de zaak naar de schadestaatprocedure te verwijzen.

#### Buitengerechtelijke kosten

- 3.31. De kosten van de door de afnemer gestelde werkzaamheden komen op grond van artikel 6:96 lid 3 BW in verbinding met artikel 241 Rv in een procedure niet voor vergoeding in aanmerking (Hoge Raad 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, rov. 4.5.3 en 4.5.4). Deze vordering zal dus worden afgewezen.

#### Uitvoerbaar bij voorraad

- 3.32. De afnemer heeft gevorderd om de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Dexia heeft hiertegen verweer gevoerd. Daarbij wijst Dexia er op dat de vordering van de afnemer onderdeel is van een groot aantal procedures. De financieel nadelige gevolgen voor Dexia bij een (massale) uitvoerbaarverklaring bij voorraad van betalingsveroordelingen staan niet in verhouding tot het relatieve ongemak van de afnemer om wat langer te moeten wachten op betaling, te meer omdat de afnemer zelf al vele jaren gewacht heeft voordat de procedure is begonnen. Ook is er een restitutie-risico en vindt uitbetaling niet plaats aan de afnemer zelf. In elk geval dient voor een eventuele uitvoerbaarverklaring bij voorraad zekerheid te worden gesteld, aldus Dexia.

De afnemer heeft het betoog van Dexia gemotiveerd bestreden.

- 3.33. Het hof overweegt dat aangenomen kan worden dat degene die een veroordeling tot betaling van een geldsom vordert, het vereiste belang bij uitvoerbaarverklaring bij voorraad heeft (HR 27 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2602), terwijl een daartegenover gesteld restitutie-risico geconcretiseerd moet worden (HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1998:ZC2602). Dat de executie mogelijk tot ingrijpende gevolgen leidt, die moeilijk ongedaan gemaakt kunnen worden, staat op zichzelf niet in de weg aan uitvoerbaarverklaring bij voorraad, maar is slechts een omstandigheid die meegewogen moet worden (HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0976). Dexia heeft niet onderbouwd dat uitvoerbaarverklaring bij voorraad voor haar zal leiden tot financieel nadelige gevolgen van zodanige omvang dat haar belang bij het achterwege blijven daarvan zwaarder dient te wegen dan het belang van de afnemer om de beslissing ten uitvoer te kunnen leggen. Het gestelde restitutie-risico heeft Dexia niet geconcretiseerd voor wat betreft de situatie van de afnemer. Het hof zal de gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad dus toewijzen, en ziet geen aanleiding om daaraan de voorwaarde van het stellen van zekerheid te verbinden.

#### Conclusie en proceskosten

- 3.34. Uit het voorgaande volgt dat grief van de afnemer slaagt. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd. Dexia is aan te merken als de in het ongelijk gestelde partij. Zij dient daarom te worden veroordeeld in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep. Het betoog

van Dexia dat de afnemer nodeloos procedeert omdat hij in eerste aanleg bij bewijslevering heeft nagelaten de juiste producties op het punt van ontvankelijkheid over te leggen, kan niet tot een ander oordeel leiden. De kosten aan de zijde van de afnemer worden als volgt begroot:

eerste aanleg

- dagvaarding € 100,89
  - griffierecht € 83,--
  - salaris advocaat (2,5 punten x € 300,-) € 750,--
- totaal € 933,89

hoger beroep

- dagvaarding € 109,71
  - griffierecht € 338,--
  - salaris advocaat (2,5 punten x € 1.114,-) € 2.785,--
- totaal € 3.232,71

De nakosten worden begroot in het dictum.

#### **4 De uitspraak**

Het hof:

verklaart de afnemer niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep tegen het bestreden tussenvonniss van 18 november 2020;

vernietigt het bestreden eindvonniss;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht:

- dat Dexia toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar bijzondere zorgplicht en onrechtmatig jegens de afnemer heeft gehandeld door de afnemer voorafgaand aan het sluiten van de effectenleaseovereenkomst niet indringend te waarschuwen voor het risico dat bij tussentijdse beëindiging van de effectenleaseovereenkomst een restschuld kon ontstaan, en
- dat Dexia onrechtmatig heeft gehandeld jegens de afnemer doordat Dexia niet heeft geweigerd de effectenleaseovereenkomst met de afnemer aan te gaan, terwijl de afnemer als potentiële cliënt bij Dexia was aangebracht door een cliëntenremisier die, in strijd met de Wte 1995, tevens beleggingsadvieswerkzaamheden heeft verricht zonder over de daarvoor noodzakelijke vergunning te beschikken, en Dexia hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn;

veroordeelt Dexia om aan de afnemer te betalen de door hem geleden schade, bestaande uit de door de afnemer betaalde inleg (termijnbetalingen en eventuele aflossingen) en restschuld, verminderd met eventuele dividenduitkeringen en het fiscaal voordeel van € 1.412,64, vermeerderd met de wettelijke

rente over het bedrag van die schade, telkens vanaf het moment waarop het desbetreffende gedeelte van de inleg/restschuld daadwerkelijk is voldaan tot de dag van algehele voldoening, een en ander met toepassing van de uitgangspunten als geformuleerd in HR 1 mei 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1198) en HR 3 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:164, no. 3.6.3);

bepaalt dat de schade in een procedure als bedoeld in artikel 612 Rv zal worden opgemaakt bij staat en vereffend volgens de wet;

veroordeelt Dexia in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep, en stelt die kosten tot op heden aan de zijde van de afnemer vast op € 933,89 voor de eerste aanleg en op € 3.232,71 voor het hoger beroep, en wat betreft de nakosten op € 163,-- indien geen betekening plaatsvindt, dan wel op € 248,-- vermeerderd met de exploitkosten indien niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden,

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad, en

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.M. Arnoldus-Smit, J.J. Verhoeven en S.C.H. Molin en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 10 januari 2023.

griffier rolraadsheer