

Inleiding

Op 2 september 2016 heeft de Hoge Raad omtrent een aantal veelvuldig in procedures omtrent effectenlease voorkomende twistpunten in een tweetal zaken arrest gewezen. (ECLI:NL:HR:2016:2012 (hierna te noemen: "Het arrest Beckers") en ECLI:NL:HR:2016:2015 (hierna te noemen: "Het arrest Oerlemans"), gezamenlijk hierna te noemen: "de Arresten"). De Arresten bevatten overwegingen ten aanzien van de door Leaseproces opgeworpen stellingen ten aanzien van de zogeheten 'beleggingstechnische gebreken' die aan overeenkomsten van effectenlease zouden kleven enerzijds en eventuele advisering door de tussenpersoon rondom de totstandkoming van overeenkomsten anderzijds. In het navolgende zal Dexia haar visie op de overwegingen van de Hoge Raad en de consequenties die dit op de nog bij rechtbanken en gerechtshoven aanhangige zaken heeft, nader uiteenzetten.

Met toepassing van artikel 81 RO verworpen klachten

In alle of vrijwel alle zaken omtrent effectenlease-overeenkomsten die thans bij rechtbanken en gerechtshoven aanhangig zijn heeft Leaseproces zich erop beroepen dat er aan de effectenleaseproducten die Dexia in een ver verleden heeft aangeboden 'beleggingstechnische gebreken' zouden kleven. Die argumentatie is in de aan Het arrest Beckers voorafgaande procedure verworpen door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn arrest van 10 juni 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:1736) waartegen door Beckers cassatieberoep is aangetekend. De door Beckers voorgedragen cassatieklachten hadden mede betrekking op de verwerping van zijn desbetreffende betoog. Deze klachten zijn door de Hoge Raad met toepassing van artikel 81 lid 1 RO verworpen. Nu uit de inhoud van de gepubliceerde uitspraak de strekking van de desbetreffende cassatieklachten niet eenvoudig is af te leiden, overlegt Dexia hierbij de desbetreffende cassatiedagvaarding (Bijlage 1). Dexia verwijst naar cassatiemiddel 3.

Dexia meent dat met het voorgaande de doek moet vallen voor het betoog van Leaseproces omtrent beleggingstechnische tekortkomingen. Dexia merkt daarbij op dat datzelfde betoog reeds eerder op andere, eveneens valide gronden werd verworpen door de Gerechtshoven Amsterdam (o.m. 1 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1135) en 's-Gravenhage (20 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:32). Tegen de desbetreffende arresten is door Leaseproces geen cassatieberoep aangetekend.

Het voorgaande is van overeenkomstige toepassing op het betoog – dat eveneens in alle of vrijwel alle thans aanhangige zaken wordt gevoerd – dat Dexia de hand had moeten houden aan artikel 28 en 33 van de toenmalige Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 ('NR 99') en derhalve had moeten informeren naar de beleggingsdoelstelling, de financiële mogelijkheden, de risicobereidheid en de deskundigheid van de afnemer en gegevens had moeten verstrekken omtrent de aan de financiële instrumenten verbonden specifieke beleggingsrisico's. Ook dat argument is door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch verworpen en de tegen die verwerping gerichte cassatieklacht is door de Hoge Raad met toepassing van artikel 81 RO afgewezen.

Tussenpersonen

In de Arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een tussenpersoon die tevens als beleggingsadviseur optrad naar de toenmalige regelgeving vergunningsplichtig was. Tevens heeft de Hoge Raad geoordeeld dat als de tussenpersoon tevens als beleggingsadviseur optrad en Dexia zulks wist of behoorde te

weten, zij in beginsel aansprakelijk is voor de volledige schade van de afnemer, zonder dat die op basis van artikel 6:101 BW wordt verminderd.

Bewijslast en bewijsopdracht

Dexia wijst erop dat de bewijslast van de genoemde feiten en omstandigheden op de afnemer rust. Dexia is ermee bekend dat Leaseproces in zaken als de onderhavige betoogt dat zij reeds met het overleggen van bepaalde documenten waarin de desbetreffende tussenpersoon wordt aangeduid als 'adviseur' aan die bewijslast heeft voldaan, zodat de Rechtbanken zouden moeten terugkomen van de huidige lijn om de afnemer toe te laten tot het (getuigen)bewijs van de (onjuiste) advisering en de wetenschap daarvan aan de zijde van Dexia. Dat betoog strookt evenwel niet met de hierboven genoemde arresten. In het bovengenoemde arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 10 juni 2014 (rov. 4.14.14) is immers geoordeeld dat het bewijs van de desbetreffende stellingen niet gelegen is in documenten van de genoemde soort en overigens ook niet in een door Leaseproces geproduceerde verklaring van een bestuurder van de desbetreffende tussenpersoon. Tegen het desbetreffende oordeel heeft Leaseproces geen cassatieklacht gericht, zodat van de juistheid daarvan uitgegaan zou moeten worden.

Dexia is er voorts mee bekend dat Leaseproces in recente processtukken betoogt dat uit een beleidsbrief van de Autoriteit Financiële Markten ('AFM', destijds: Stichting Toezicht Effectenverkeer) van 5 februari 2002 zou volgen dat indien de tussenpersoon een transactiegerelateerde vergoeding ontving, het aan Dexia is om aan te tonen dat de tussenpersoon geen beleggingsadviesdiensten verleende. Dat standpunt faalt reeds omdat de AFM uiteraard geen gezag toekomt op het gebied van de bewijslastverdeling in civiele zaken. De brief van de AFM ziet dan ook slechts op de verhouding tussen de tussenpersoon en de AFM als toezichthouder en niet op de verhouding tussen een financiële instelling en de afnemer van een financieel product. Ten overvloede is er reeds destijds op gewezen dat de door de AFM voorgestelde bewijsregel ook in de relatie tussen de toezichthouder en de tussenpersoon elke rechtskracht ontbeert¹. Daarnaast heeft de overgrote meerderheid van de zaken die thans aanhangig zijn betrekking op overeenkomsten van effectenlease die (ver) voorafgaand aan 5 februari 2002 zijn gesloten.

Met betrekking tot de verdere inhoud van de in het vervolg te geven bewijsopdrachten kunnen uit de arresten de volgende aanwijzingen worden geput:

De Hoge Raad spreekt in genoemde arresten consequent over beleggingsadvies, beleggingsadviseur respectievelijk beleggingsadvieswerkzaamheden (Het arrest Oerlemans, rov. 3.3, 3.6.4, 3.8.1, 3.8.3, 3.11, 3.17; Het arrest Beckers, rov. 4.1, 4.4.4, 4.6.1, 4.6.3, 4.9, 5.1.6, 5.6.1, 5.6.2, 5.6.3 en 6.2.3). De afnemer dient dus in ieder geval te bewijzen dat de tussenpersoon beleggingsadvies heeft gegeven en andersoortige advisering is irrelevant.

De afnemer dient voorts aan te tonen dat Dexia ervan op de hoogte was dat de tussenpersoon jegens de desbetreffende afnemer is opgetreden als beleggingsadviseur of daarvan op de hoogte behoorde te zijn (Het arrest Beckers, rov. 5.6.1). Daarbij is het element 'behoren te weten' kennelijk niet normatief maar objectiverend bedoeld: de afnemer dient aan te tonen dat Dexia bekend was met feiten en omstandigheden waaruit zij heeft kunnen en moeten afleiden dat de tussenpersoon jegens de desbetreffende afnemer beleggingsadviesdiensten verleende.

¹ F.M.A. 't Hart, De positie van de cliëntenremisier onder de Wte 1995, TVE 2002/5, p. 115-124.

De Arresten bouwen expliciet voort op het arrest van 6 september 2013 (NJ 2014/176) inzake Van Uden/NBG. Dit volgt met name uit overweging 5.6.2 in het arrest Beckers:

“Deze (extra) onrechtmatigheidsgrond is des te ernstiger omdat uit het hiervoor in 5.1.6 samengevat weergegeven arrest Van Uden c.s./NBG Finance volgt dat op degene die - zoals SpaarSelect, naar in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen - als beleggingsadviseur optreedt, een bijzondere zorgplicht rust tegenover de cliënt, zulks mede ter bescherming van deze tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van lichtvaardigheid. De cliënt mag in beginsel ervan uitgaan dat de dienstverlener – in de onderhavige procedure: SpaarSelect - die zorgplicht jegens hem nalceeft. Hieruit volgt dat de cliënt bij een door de dienstverlener geadviseerde constructie minder snel bedacht hoeft te zijn op, en zich minder snel eigener beweging behoeft te verdiepen in, niet vermelde risico's dan degene die zich wendt tot een aanbieder van een effectenleaseproduct als bedoeld in het arrest De Treck /Dexia.”

De situatie dat Dexia de volledige schade dient te dragen komt derhalve pas aan de orde indien vast staat dat zich tussen de afnemer en de tussenpersoon een Van Uden/NBG-situatie voordoet. Uit het citaat volgt dat daartoe in ieder geval is vereist dat de tussenpersoon heeft gezwegen over de risico's die aan het effectenleaseproduct waren verbonden, hetgeen de afnemer dient aan te tonen.

Van Uden/NBG zag op de situatie dat de afnemer zich eigener beweging tot de tussenpersoon had gewend voor een op zijn specifieke situatie toegesneden advies². De afnemer dient derhalve ook aan te tonen dat er sprake is geweest van een op zijn persoonlijke situatie toegesneden advisering. In de situatie dat de afnemer zelf heeft gesteld dat de rollen van de tussenpersoon en van Dexia niet duidelijk te onderscheiden waren en/of dat hij de tussenpersoon zag als verlengstuk van Dexia, is de uitkomst van het arrest Beckers niet van toepassing³.

Tenslotte moet worden aangenomen dat de Hoge Raad het woord “advies” gebruikt in de (zuivere) betekenis van een beredeneerde aanbeveling. Dexia vermeldt dit omdat de term ‘advies’ soms ook in de ruimere (en mindere zuivere) betekenis wordt gebruikt van het geven van voorlichting. Dexia verwijst in dit verband naar de definitie van ‘adviseren’ in artikel 1:1 Wft (‘het in de uitoefening van beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke financiële producten’). Niet goed voorstelbaar is dat de Hoge Raad de term advies in een ruimere betekenis zou hebben gebruikt. De afnemer dient derhalve aan te tonen dat de tussenpersoon het afgenomen effectenleaseproduct heeft aanbevolen.

De procedures die tot de Arresten hebben geleid zijn twee van de drie zaken waarin het Hof 's-Hertogenbosch in de zomer van 2014 arrest heeft gewezen. In de derde zaak (Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2077, Dexia/Lievense) is geen cassatieberoep ingesteld en zijn de getuigen inmiddels gehoord. Op basis daarvan is de kans klein dat het Hof de afnemer geslaagd zal achten in de bewijsopdracht. De gehoorde accountantmanager van Dexia heeft verklaard dat hij onbekend was met de werkwijze van de tussenpersoon (Bijlage 2). De tussenpersoon heeft verklaard dat de afnemer substantiële beleggingservaring had en dat hij als tussenpersoon de mogelijkheid van een koersdaling en de consequenties daarvan uitdrukkelijk onder de aandacht heeft gebracht. Ook in ande-

² Van Uden/NBG, rov 3.4.2: “De relatie tussen NBG en Van Uden c.s. verschilt echter wezenlijk van de standaard effectenlease-relatie waarop het arrest *De Treck/Dexia* ziet. NBG trad immers niet op als aanbieder van een effectenlease-product, maar als financieel dienstverlener die door Van Uden c.s. werd benaderd voor een op hun specifieke situatie toegesneden advies, meer in het bijzonder een advies betreffende het oversluiten van een hypothecaire lening teneinde lagere maandlasten te realiseren. In een zodanige situatie rust op de dienstverlener een bijzondere zorgplicht (...).”

³ Leaseproces heeft in aantal aanhangige zaken dergelijke stellingen betrokken in het kader van haar beroep op artikel 6:76, 171 en 172 BW.

re zaken is het de ervaring van Dexia dat Leaseproces in haar processtukken verregaand gestandaardiseerde stellingen inneemt omtrent het verloop van de contacten tussen de tussenpersoon en de afnemer, waarvan weinig overblijft wanneer die eenmaal als getuigen worden gehoord.

Dexia moet helaas ook opmerken dat in zaken waarin aan de afnemer een bewijsopdracht wordt verleend met betrekking tot (kort gezegd) de rol van de tussenpersoon, Leaseproces niet alleen contact legt met de tussenpersoon teneinde deze te kunnen oproepen, maar de zaak ook inhoudelijk en op indringende wijze met de tussenpersoon voorbespreekt. Het proces-verbaal van een recent verhoor van een tussenpersoon ten overstaan van de Rechtbank Overijssel waaruit zulks blijkt gaat hier ter adstructie bij (Bijlage 3).

“Ik heb meerdere keren telefonisch contact met Leaseproces gehad. Daarbij is gesproken over de bedoeling van mijn functie, wat mijn doel was in dit gesprek, wat de toegevoegde waarde was voor deze zaak (...) Er is verder inhoudelijk over de zaak gesproken, veel hoe ik zeg maar heb gehandeld. Ook de getuigenverklaring van de heer Koelen [afnemer – gem.] die tijdens het getuigenverhoor van 12 oktober 2015 is afgelegd, heb ik besproken.”

Het behoeft geen toelichting dat deze gang van zaken zeer onwenselijk is. Het zou naar mening van Dexia dan ook aanbeveling verdienen om indien aan Leaseproces een bewijsopdracht verstrekt wordt ook de instructie aan Leaseproces op te nemen dat zij zich dient te beperken tot het oproepen van de getuigen en zich van inhoudelijke contacten omtrent het onderwerp van het probandum dient te onthouden.

Verjaring

Dexia heeft er in veel van de aanhangige zaken waarin door de afnemer een beroep op de rol van de tussenpersoon wordt gedaan op gewezen dat Leaseproces de rol van de tussenpersoon pas in het recente verleden ter sprake heeft gebracht, terwijl de desbetreffende overeenkomsten doorgaans meer dan vijftien jaar geleden zijn gesloten. Dexia heeft daaraan de conclusie verbonden dat eventuele vorderingen van de afnemer die samenhangen met de rol van de tussenpersoon reeds lang zijn verjaard.

In de Arresten speelde geen verjaringsberoep, zodat de Hoge Raad zich daarover niet rechtstreeks heeft kunnen uitspreken. Dexia wijst er evenwel op dat het oordeel van de Hoge Raad dat Dexia onder omstandigheden de volledige schade dient te dragen erop is gebaseerd dat aan Dexia twee zelfstandige onrechtmatige daden worden verweten, namelijk enerzijds het verzuim van haar waarschuwingsplicht en anderzijds schending van Artikel 41 NR 994. Hoewel de vorderingen die uit deze onrechtmatige daden voortvloeien elkaar ten dele overlappen, dient voor beide vorderingen zelfstandig te worden beoordeeld of de verjaringstermijn is verstreken. Uit de arresten volgt dat het betoog van Leaseproces onjuist is dat het gaat om twee facetten van dezelfde onrechtmatige daad, of dat het enkel gaat om de invulling van de toets van artikel 6:101 BW terzake van de onrechtmatige daad die uit het verzuim van de zorgplicht bestaat.

⁴ Zie bijv. *Beckers/Dexia*, rov. 5.6.2: “Deze (extra) onrechtmatigheidsgrond is des te ernstiger omdat (...)”; rov. 5.6.3: “Nog steeds aangenomen dat het door het hof opgedragen bewijs wordt geleverd, heeft Dexia niet alleen bij de totstandkoming van de leaseovereenkomst haar in het arrest *De Treck/Dexia* vermelde zorgplichten geschonden, maar heeft zij deze overeenkomst bovendien gesloten terwijl zij wist of behoorde te weten dat de tussenpersoon *Spaar Select*, zonder te beschikken over de daarvoor benodigde vergunning, Beckers had geadviseerd bij haar – Dexia – een effectenleaseproduct te kopen (zie de beoordeling van onderdeel 1a in het incidentele beroep).”

Dexia realiseert zich dat de jurisprudentie en de stand van de rechtswetenschap in ieder geval tot het begin van dit decennium niet of nauwelijks aanwijzingen bevatten dat er in verband met de rol van de tussenpersoon sprake was van een zelfstandige onrechtmatige daad. Aldus zou de verjaringstermijn zijn verstreken nog voordat de afnemers een reële mogelijkheid hadden genoten hun vorderingen geldend te maken. Dat is echter niet bezwaarlijk. verjaringstermijnen zijn immers mede bedoeld om te verzekeren dat juridische inzichten die zich op enig moment ontwikkelen geen te verregaande terugwerkende kracht hebben (aldus expliciet: HR 26 november 2004, NJ 2006/115, rov 3.4, slot).

- Bijlage 1: Cassatiedagvaarding de heer H.G.J. Beckers d.d. 10 september 2014;
Bijlage 2: proces verbaal verhoor de heer Smits d.d. 24 september 2015;
Bijlage 3: proces-verbaal verhoor de heer P.M. Leon d.d. 23 februari 2016.