

Afwikkeling effectenlease tot stand gekomen na aanprijzingen door telemarketingbedrijf

Noot

1. Het Hof Amsterdam heeft 13 jaar geleden de ingevolge de Duisenberg-regeling overeengekomen vaststellingsovereenkomst, op de voet van art. 7:907 lid 1 BW bindend verklaard (Hof Amsterdam 25 januari 2007, «JOR» 2007/71, m.nt. Leijten). Deze overeenkomst houdt een schikking in van geschillen ten aanzien van effectenleaseproducten die door (rechtsvoorgangsters van) Dexia Bank Nederland NV (Dexia) in Nederland zijn aangeboden. Deze “WCAM”-overeenkomst bepaalt op welke manier de effectenleaseproducten tussen Dexia en de gerechtigden (zoals omschreven in deze overeenkomst), behoren te worden afgewikkeld.

2. De WCAM-overeenkomst heeft overigens geen einde gemaakt aan alle procedures met betrekking tot de door Dexia aangeboden effectenleaseproducten. De Hoge Raad is aan het werk gezet. Zo is onder andere geprocedeerd over de afdwingbaarheid van de in de WCAM-overeenkomst opgenomen collectieve kwijting en meer in het bijzonder of over de vraag of een regeling bindend mag worden verklaard die ziet op alle denkbare rechtsvorderingen en daarmee corresponderende vorderingsrechten, anders dan de schadevergoeding zelf (HR 9 december 2016 in «JOR» 2017/10, m.nt. Arons. Zie voor enkele andere arresten van de Hoge Raad over effectenleaseproducten: HR 5 juni 2009 in «JOR» 2009/199, m.nt. Lieveerse, HR 25 september 2015, *JWB* 2015/327, HR 8 juli 2016, *RvdW* 2016/818, HR 2 september 2016 «JOR» 2016/274, HR 3 februari 2017, «JOR» 2017/65 en HR 12 oktober 2018, «JOR» 2018/305, de drie laatstgenoemde arresten m.nt. Lieveerse).

3. Gerechtigden konden zich aan de WCAM-overeenkomst onttrekken door binnen zes maanden na de bindendverklaring een zogenaamde *opt-out*-verklaring uit te brengen (zie art. 7:908 lid 2 BW). Dat hadden de consumenten in deze zaak ook (tijdig) gedaan. Daarop besloot Dexia om aan deze consumenten dezelfde compensatie te betalen als bepaald in de WCAM-overeenkomst. Vervolgens vordert Dexia een verklaring voor recht dat zij aan haar verplichtingen jegens deze consumenten heeft voldaan. De kantonrechter heeft de verklaring voor recht toegewezen.

4. De consumenten voeren in hoger beroep aan dat enkele door hen met Dexia afgesloten effectenleaseproducten tot stand zijn gekomen middels tussenkomst van een verkoopbedrijf. Dit verkoopbedrijf beschikte niet over de – ingevolge de toenmalige Wte 1995 – benodigde vergunning en zou in strijd met de vergunningsplicht hebben gehandeld door hun de effectenleaseproducten aan te bevelen. De consumenten stellen in deze procedure dat zij daarom recht hebben op vergoeding van de volledige schade zonder dat deze schadevergoeding verminderd wordt vanwege eigen schuld aan hun zijde (art. 6:101 BW). De WCAM-overeenkomst voorziet namelijk in een vermindering van de te vergoeden schade vanwege eigen schuld. De Hoge Raad heeft echter bepaald dat aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van de volledige schade indien het effectenleaseproduct tot stand is gekomen middels een tussenpersoon die in strijd met de vergunningsplicht handelde door te adviseren. De Hoge Raad overwoog – in twee relevante arresten – dat onder deze omstandigheid een billijkheidscorrectie toegepast dient te worden op de schadeverdeling zoals opgenomen in de WCAM-overeenkomst: “mede door tussenkomst en op advies van een cliëntenremisier, *SpaarSelect*, die deze werkzaamheden niet had mogen verrichten zolang zij niet over een vergunning beschikte, de billijkheid in beginsel eist dat de vergoedingsplicht van Dexia geheel in stand blijft” (HR 2 september 2016, «JOR» 2016/274 en HR 12 oktober 2018, «JOR» 2018/305). Onder de Wte 1995 was het geven van beleggingsadvies weliswaar niet als zelfstandige dienst vergunningplichtig maar gold wel dat het cliëntenremisiers niet toegestaan was te adviseren. Cliëntenremisiers kwalificeerden als effectenbemiddelaar maar waren vrijgesteld van de vergunningplicht indien de dienstverlening beperkt zou blijven tot – kort gezegd – het aanbrengen van potentiële cliënten bij vergunninghoudende beleggingsondernemingen (S.M.J. Korthuis-Becks, *Zorgplicht en aansprakelijkheid van cliëntenremisiers*, *TvE* 2004/12, p. 284-293).

5. Terug naar deze zaak. Een medewerker van het verkoopbedrijf zou zich jegens de consumenten hebben voorgedaan als medewerker van Dexia en niet als een medewerker van dit bedrijf. Deze medewerker had de desbetreffende effectenleaseproducten aan hen aanbevolen. Het Hof overweegt dat de consumenten derhalve in de veronderstelling verkeerden dat de aanbevelingen afkomstig waren van Dexia (en dus niet van een tussenpersoon).

Het Hof overweegt vervolgens: “Aanprijzingen van de eigen producten door een commerciële organisatie is iets anders dan een deskundig advies van een onafhankelijke tussenpersoon over de vraag of de aanschaf van een leaseovereenkomst past bij haar persoonlijke financiële situatie. Van de in de genoemde arresten van de Hoge Raad beschreven uitzondering, advisering door een onafhankelijke tussenpersoon, is in het onderhavige geval derhalve geen sprake. Reeds op die grond kan [appellante] geen aanspraak maken op een ruimere schadevergoeding dan voortvloeit uit het hofmodel.

De eventuele advisering door Dexia zelf als aanbieder moet worden geacht te zijn verdisconteerd in de standaard

schulddeling zoals die is ontwikkeld in de rechtspraak en is neergelegd in het hofmodel (zie ook het arrest van de Hoge Raad van 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590)”. Anders dan in de situatie waarnaar de Hoge Raad refereert, gaat het hier om een persoon die weliswaar in dienst is van een ander bedrijf, maar in naam van Dexia handelt en zich als zodanig voordoet. Het Hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

6. Het behoeft weinig betoog dat het voor de hand ligt om de gedragingen van de medewerker in kwestie aan Dexia toe te rekenen nu deze zich heeft uitgegeven als medewerker van Dexia en Dexia ook daartoe opdracht heeft gegeven. Een andersluidende opvatting zou ertoe kunnen leiden dat een contractspartij niet aansprakelijk is voor gedragingen van door hem ingeschakelde bedrijven of personen (denk ook aan ingehuurd uitzendkrachten).

7. Zo is een schuldenaar jegens zijn schuldeiser aansprakelijk voor de gedragingen van derden die fungeren als hulppersoon in de zin van art. 6:76 BW. Die aansprakelijkheid wordt verklaard nu de schuldenaar gebruikmaakt van de diensten van de hulppersoon om te kunnen voldoen aan zijn eigen verplichtingen jegens de schuldeiser. Om deze aansprakelijkheid aan te nemen is niet vereist dat de hulppersoon onder eigen naam naar buiten treedt. Voldoende is de kwalificatie als hulppersoon om aansprakelijkheid van de schuldenaar aan te nemen voor tekortkomingen van gedragingen van die hulppersoon. Tussenpersonen kunnen zich kwalificeren als hulppersoon van de aanbieder van een financieel product. De gedragingen van een tussenpersoon komen alsdan voor rekening van de aanbieder (zie ook Hof Den Haag 13 mei 2014, «JOR» 2014/238, m.nt. ‘t Hart).

8. De publiekrechtelijke kwalificatie van de verhouding tussen Dexia en het verkoopbedrijf doet niet af aan de civielrechtelijke aansprakelijkheid van Dexia voor gedragingen van (de medewerker van) dit verkoopbedrijf. De vraag of deze rechtsverhouding kwalificeert als uitbesteding en de vraag of het bedrijf vergunningplichtig is vanwege de omstandigheid dat werkzaamheden worden uitbesteed die vergunningplichtig (kunnen) zijn, is niet relevant voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Ter toelichting het volgende.

9. Onder de huidige Wft zou sprake kunnen zijn van uitbesteding indien de uitbestede werkzaamheden deel uit maken van wezenlijke bedrijfsprocessen (*Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 51, p. 1*. Zie ook R.E. van Esch en S. Timmerman “Uitbesteding in de financiële sector”, *Financieel Juridische Reeks*, nr. 6). In geval van uitbesteding blijft de uitbesteder publiekrechtelijk verantwoordelijk voor de naleving van de toepasselijke publiekrechtelijke regels: *“een financiële dienstverlener die een derde inschakelt, bijvoorbeeld om een deel van de werving van klanten te verrichten, er ook verantwoordelijk voor is dat deze derde daarbij de regels van het wetsvoorstel naleeft”* (Zie toelichting bij art. 39 Wfd: *Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr.3*). De AFM stelt over uitbesteding op haar website: *“Als een onderneming gebruik maakt van een derde voor de uitvoering van bepaalde processen of activiteiten, die geen deel uitmaken van de diensten die de onderneming aan haar cliënten aanbiedt en ook geen deel uitmaken van de processen die deze diensten ondersteunen, is er geen sprake van uitbesteding in de zin van de Wft. Hieronder vallen naar de mening van de AFM tevens de activiteiten van een (sub)custodian.”*

10. De AFM heeft op haar website een enigszins verwarrend bericht staan ten aanzien van de eventuele vergunningplicht van de derde waaraan de werkzaamheden zijn uitbesteed: *“Het opdracht geven aan of het inschakelen van een derde partij voor bepaalde vergunningplichtige activiteiten (bijvoorbeeld bemiddelen) is alleen mogelijk als zowel de financieel dienstverlener als de uitvoerende partij een relevante Wft-vergunning heeft voor deze activiteiten. Dit is dus geen uitbesteden in het kader van de Wft, maar betreft het zelfstandig uitvoeren van vergunningplichtige activiteiten.”*

11. Dit bericht zou mijns inziens aldus uitgelegd moeten worden dat de derde die onder eigen naam de uitbestede (vergunningsplichtige) diensten aan het publiek verleent, over een vergunning dient te beschikken.

Overigens is de AFM van oordeel dat ook sprake kan zijn van “bemiddelen” indien een onderneming uitsluitend werkzaamheden verricht in opdracht van de aanbieder (zie ook de AFM-interpretatie “Provisieverbod”, te vinden op www.afm.nl, waarin de AFM – met het oog op een mogelijke ontheffing op het provisieverbod – onderscheid maakt tussen zogenoemde servicers en serviceproviders).

12. Het enkele feit dat een derde vergunningplichtig is indien aan haar werkzaamheden worden uitbesteed door een aanbieder van een financieel product, leidt mijns inziens niet tot toepassing van de door de Hoge Raad bedoelde billijkheidscorrectie. Deze billijkheidscorrectie dient toegepast te worden in die situaties waarin consumenten ten onrechte in de veronderstelling verkeerd geadviseerd te worden door een onafhankelijke adviseur.

13. Ongetwijfeld mag de Hoge Raad ook hierover zijn zegje doen.

dr. mr. F.M.A. ‘t Hart

advocaat te Amsterdam

