

DE RECHTER IN EERSTE AANLEG IN DE AANDELEN-LEASEPROCEDURES

439 Mr. J.R. Branbergen¹

1. J.R. Branbergen was tot 2008 vice-president van de Rechtbank Amsterdam en is vanaf het begin (medio 2004) als lid van de Dexia-werkgroep nauw betrokken bij de ontwikkeling van de modules, standaardvonnissen en categoriemodellen

Een kijkje in de keuken van de Dexia-werkgroep die in 2004 werd ingesteld door de Amsterdamse Rechtbank. Over de obstakels, tegenstrijdigheden en vertragingen die de rechter op zijn pad vond. En over de rechtsonzekerheid die nog bestaat op minstens twee heikele gebieden: is de leaseconstructie huurkoop en welk nadeel komt voor vergoeding in aanmerking indien de aansprakelijkheid van Dexia eenmaal is vastgesteld? Toch is er niet alleen reden tot klagen.

Het NJB heeft het nummer van 16 november 2007 (afl. 41) geheel gewijd aan de afwikkeling van massaschade. De aandelenleaseaffaire met Dexia in de hoofdrol, neemt daar een prominente plaats bij in. Er komen tal van hoogleraren aan het woord en er valt zowel waardering als kritiek te lezen met betrekking tot de inspanningen tot dusverre van de rechter in eerste aanleg. De strekking van dit artikel is om met die achtergrond meer inzicht te geven in de aard en de omvang van die inspanningen. Soortgelijke problemen kunnen zich immers voordoen bij nieuwe massaclaims op financieel gebied en de in de aandelenleasezaken in de praktijk opgedane ervaringen zouden een nuttige bijdrage kunnen leveren aan het ontwikkelen van nieuwe denkbelden over het afwickelen van dit soort massaschade.

Nog steeds dreigt een stortvloed aan aandelenleaseprocedures over de rechterlijke macht los te barsten. Het kan daarbij nog gaan om ruim 20 000 zaken. Gro-

tendeels zijn dat claims van afnemers die een opt out-verklaring hebben afgelegd nadat het hof de Duisenberg-regeling algemeen verbindend had verklaard en deels betreft het claims van afnemers met leasecontracten die niet onder de Duisenberg-regeling vallen, zoals bijvoorbeeld de depotconstructies.² Onduidelijk is nog of al deze claims ook daadwerkelijk tot procedures zullen leiden, of dat alsnog in de bulk van deze zaken regelingen getroffen zullen kunnen worden. Er zijn nog steeds wezenlijke onzekerheden over de procesrisico's.³ Dat wekt bevreemding. De eerste procedures zijn al meer dan vijf jaar geleden aanhangig gemaakt. Het normeringsproces zoals prof. Barendrecht en mr. Van Doorn dat in hun artikel in het NJB noemen, heeft lang geduurd en is nog steeds niet voltooid.

WAAR HEBBEN DE OBSTAKELS GEZETEN?

Er zijn enige honderden verschillende varianten van aandelenleaseconstructies in omloop gebracht, niet alleen door Dexia, c.q. haar rechtsvoorganger Bank Labouchère, maar ook door diverse andere aanbieders.⁴ Die moesten bestudeerd en in kaart gebracht worden. Er waren restschuldproducten, aflossingsproducten, depotconstructies en tal van andere vondsten onder dikwijls creatieve benamingen.⁵ Meestal werd de rente over de leaseschuld in termijnen betaald, maar soms ook werd zij vooruit betaald, soms met eigen geld en soms met een externe financiering. De looptijden van de leaseovereenkomst varieerden van enkele jaren tot twintig jaar en langer. Sommige contracten konden boetevrij tussentijds beëindigd worden

2. Bij deze constructies ging het meestal om grote bedragen en liep de afnemer een dubbel koersrisico. Zie voor een nadere uitleg van de constructie het vonnis Rb. Amsterdam 27 april 2007, LJN BA3920 onder 7.2 c.v.

3. Voor diegenen die een opt out-verklaring hebben afgelegd is er in zoverre geen weg meer terug dat zij geen beroep meer kunnen doen op de Duisenberg-regeling.

4. Onder andere Aegon, Fortis, DSB, Levob.

5. Winstverdriedubbelaar, Tripple Effect, Kortling Kado, Overwaarde Effect, Sprintplan, JubileumClicker, Beursversneller, Koerswinststapelaar, Milleniumversneller, Helboom effect en vele andere.

en andere niet. Sommige aanbieders boden koersrisico-verzekeringen aan en andere niet. Zo waren er nog de nodige andere varianten.

De aantallen afgesloten leaseovereenkomsten en de omvang van de ondervonden nadelen voor de afnemers waren enorm. Per 17 oktober 2005 waren er al ruim 342 000 Dexia-contracten verlieslatend beëindigd en stond er voor meer dan € 1 miljard aan restschulden uit.⁶ Onder verlies is hier alleen nog begrepen het nadellig verschil tussen de aankooprijzen van de leaseaandelen en hun opbrengsten bij beëindiging van het contract en dus niet de door de afnemers betaalde rentetermijnen. In alle delen van het land waren leaseovereenkomsten afgesloten. Aanvankelijk was Dexia veelal de eisende partij zodat er in vrijwel alle arrondissementen Dexia-procedures liepen. Er werden procedures aanhangig gemaakt bij de handelskamers van de rechtbank en bij de secties kanton. Een groot aantal rechters zette zich aan Dexia-uitspraken. In een later stadium ging het initiatief om te procederen steeds vaker van de afnemers uit waardoor de Rechtbank Amsterdam, en met name de sector kanton, als plaats van vestiging van Dexia de spil in het Dexiagebeuren werd.

Voorts deden zich verrassend veel rechtsvragen voor die niet eenvoudig te beantwoorden waren. Het leasen van aandelen was een nieuw fenomeen aan het beleggingsfirmament. De advocaten aan beide zijden waren vindingrijk en dat betekende dat voortdurend nieuwe argumenten op de tafel van de rechter werden gelegd. De processtukken werden steeds omvangrijker en de dossiers navenant dikker.

Een selectie uit de vele vragen die de rechter kreeg te beantwoorden:

- is de aandelenlease koop op afbetaling (huurkoop) en valt zij onder de bescherming van artikel 1:88 BW, zodat de echtgenoot toestemming had moeten geven (en de kantonrechter bevoegd was); zo ja, moest die toestemming schriftelijk gegeven worden of kon die ook uit andere omstandigheden worden afgeleid;⁷ moest de echtgenoot opnieuw (schriftelijk) toestemming geven als de partner zijn contract wijzigde of verlengde;
- welke feitelijke omstandigheden leveren voldoende grond op voor vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling;

De advocaten aan beide zijden waren vindingrijk zodat voortdurend nieuwe argumenten op de tafel van de rechter werden gelegd.

Nog steeds dreigt een stortvloed aan aandelenleaseprocedures over de rechterlijke macht los te barsten.

- valt de leaseovereenkomst onder de werking van de Wet op het consumentenkrediet en zo ja, wat is daarvan de consequentie; is er ook nog sprake geweest van overtreding van bepalingen van de Colportagewet, de Wet op de identificatieplicht en andere wetten;
- is er sprake van misleidende reclame geweest in de zin van artikel 6:194 BW;
- in hoeverre draagt de aanbieder van het product het risico voor het handelen of nalaten van tussenpersonen;
- hoe ver strekt de zorgplicht van de effecteninstelling en in hoeverre zijn de verschillende Nadere Regelingen Effectenverkeer van toepassing;
- welk nadeel komt voor vergoeding in aanmerking indien aansprakelijkheid van de bank eenmaal is aangenomen; dienen de fiscale consequenties bij de afnemer meegerekend te worden; moeten eventuele op eerdere leaseovereenkomsten behaalde winsten met de nadelen op latere contracten verrekend worden; hoe moet gehandeld worden met uitgekeerde of verrekende dividenden;
- in hoeverre is er aanleiding bij vernietiging of ontbinding van de leaseovereenkomst artikel 6:278 BW toe te passen.

ER WAS GEEN EENHEID VAN OPVATTING

Zeker in het begin was er weinig sturing of houvast. Veel rechters trokken hun eigen plan en op vrijwel al deze vragen zagen tegenstrijdige beslissingen het licht. Dat werd mede veroorzaakt doordat de zaken door de diverse ingeschakelde advocaten niet op uniforme wijze werden gepresenteerd. Beide partijen konden zich na enige tijd voor vrijwel ieder standpunt wel op enige rechterlijke uitspraak beroepen. Inmiddels is over de antwoorden op de meeste vragen wel een breed gedragen overeenstemming bereikt, maar of dat ook bij de rechter in beroep of cassatie geldt voor de twee belangrijkste nog niet uitgekristalliseerde vragen: wel of niet huurkoop en de toerekening van het nadeel, moet nog blijken.

6. Cijfers ontleend aan de WCAM-beschikking van het Hof Amsterdam van 25 januari 2007, LJN AZ7033.

7. Er hebben zich zaken voorgedaan waarbij de echtgenoten ieder voor zich binnen korte tijd of op dezelfde dag leaseovereenkomsten met Dexia sloten en dan over en weer de nietigheid van het contract van de ander inriepen omdat zij daarvoor geen toestemming hadden gegeven.



Niet alleen binnen de rechtspraak heerste geen eenheid van opvatting. Tal van instanties en commissies hebben zich met deze materie beziggehouden en gaven veelal blijk van tegenstrijdige, of in elk geval van elkaar afwijkende, opvattingen. De belangrijkste ontwikkelingen waren de volgende.

In 2003 kwam Dexia met het Dexia-Aanbod, dat voorzien was van een hardheidsclausule. Dexia had voor geschillen over de toepassing daarvan een onafhankelijke commissie benoemd onder voorzitterschap van de oud-president van de Amsterdamse Rechtbank, mr. B.J. Asscher. Het Dexia-Aanbod werd door 68 000 afnemers aanvaard. Het Aanbod voorzag in een lagere rentevergoeding voor Dexia en een soepeler termijnbetaling; er werd geen kwijting voor de restschuld of restitutie van termijnbetalingen verleend.

De door de Minister van Financiën benoemde Commissie Geschillen Aandelenlease (CGA) onder voorzitterschap van mr. M. Oosting bracht op 13 juli 2004 een uitvoerig rapport uit. Bij het rapport was als bijlage gevoegd een advies van prof. mr. C.J.H. Brunner en mr. H.L.J. Roelvink die concludeerden dat artikel 1:88 BW op de leaseovereenkomsten van toepassing was en dat de echtgenote dus toestemming had moeten geven.

Nadat de Rechtbank Amsterdam in een vonnis deze op-

vatting had gevolgd, kwamen de hoogleraren Van Mourik, Kortmann en Nuytink in augustus 2004 met een eerder intern aan Dexia gegeven advies naar buiten, waarin zij een aan het advies van Brunner en Roelvink tegengestelde opvatting huldigden: artikel 1:88 BW was volgens hen niet van toepassing en de echtgenote behoefde dus niet mee te tekenen.

Intussen liep er ook een aanzienlijk aantal klachten van afnemers bij de Dutch Securities Institute (DSI). Dit instituut heeft een Klachtencommissie in het leven geroepen. Tegen de uitspraken van de Klachtencommissie kan hoger beroep bij de beroepscommissie (KCHB) worden ingesteld in het bijzonder wanneer dit voor de precedentwerking van de uitspraak van de Klachtencommissie van belang is. De beroepscommissie (KCHB) deed op 27 januari 2005 een uitspraak in een aandelenleasegeval dat met betrekking tot de feitelijke omstandigheden als een representatieve zaak beschouwd kon worden.⁸ Beslist werd dat alle verbintenissen uit de leaseovereenkomst waren vervallen, dus 100% kwijting van de restschuld. Voorts moest Dexia ook de rentetermijnen restitueren, zij het met een korting op basis van de gedaalde AEX-index gedurende de looptijd van het contract.

De Minister van Financiën verzocht dr. W.F. Duisenberg om een nieuwe schikkingspoging te ondernemen; dit leidde op 23 juni 2005 tot de Duisenberg-regeling.⁹ Die regeling kende diverse kwijtingspercentages voor de restschulden, oplopend van 0 tot 100%. Er was een heel scala aan feitelijke omstandigheden die bepaalden welke categorieën afnemers onder de regeling vielen en welke vergoedingspercentages voor die categorieën van toepassing waren.¹⁰ Daarbij speelden echter de persoonlijke omstandigheden van de afnemer en met name zijn maatschappelijke positie, op-

8. KCHB 2005, nr. 91.

9. De WCAM-overeenkomst werd op 8 mei 2006 nog aangevuld.

10. Zie voor een samenvatting daarvan de WCAM-beschikking van het hof Amsterdam van 25 januari 2007, LJN AZ7033. Criteria waren onder meer: restschuld-product of aflossingsproduct, echtgenote meegetekend of niet, het eerdere Dexia-Aanbod aanvaard of niet, verschillende peildata bij voortijdige beëindiging enzovoort.

leiding, financiële situatie en beleggingsdoeleinden, geen rol. De Duisenberg-regeling kende aan niemand vergoeding toe voor de betaalde of verschuldigde rentetermijnen.

Op 18 november 2005 dienden de bij de Duisenberg-regeling betrokken partijen hun verzoek bij het Hof Amsterdam in om de regeling algemeen verbindend te verklaren. Het hof wees twee tussenbeschikkingen, gelastte een deskundigenbericht van de AFM en verklaarde ten slotte de Duisenberg-regeling bij Beslissing van 25 januari 2007 algemeen verbindend.

Gedurende de veertien maanden dat de WCAM-procedure bij het hof liep, waren alle Dexia-procedures bij de rechtbank op verzoek van Dexia geschorst.¹¹ Formeel gold dat alleen voor de leasezaken die onder het bereik van de Duisenberg-regeling vielen, maar ook de andere leasezaken werden in beginsel aangehouden.

DE DEXIA-WERKGROEP

De Rechtbank Amsterdam had medio 2004 een Dexia-werkgroep ingesteld, in hoofdzaak bestaande uit (Amsterdamse) kantonrechters, aangevuld met een lid uit de handelssector, een gerechtssecretaris en administratieve ondersteuning. Deze werkgroep zette zich aan een ordening van de problematiek en ontwierp standaardteksten (aanvankelijk beslismodules genoemd) voor de meest voorkomende vragen en geschilpunten. Deze modules waren uitsluitend als een intern hulpmiddel bedoeld met het oog op de rechts-eenheid en een efficiënte behandeling van de stroom zaken die er al waren of die in aantocht waren. De modules werden ook ter kennis gebracht van andere rechtbanken met verzoek commentaar te leveren. Er bestaan verscheidene versies van de modules, omdat ze steeds verder ontwikkeld werden aan de hand van ontwikkelingen in rechtspraak en nieuwe argumenten en gezichtspunten die door partijen werden aangedragen. In deze ontwikkelingsfase waren de modules nog niet geschikt om naar buiten te brengen, maar buiten de werkgroep om is een van de vroegere (later achterhaalde) versies van de modules uitgelekt en op internet gepubliceerd.

Op 27 april 2007 wees de sector kanton te Amsterdam drie vonnissen in individuele, representatief te achten leasezaken.¹² In die uitvoerig gemotiveerde vonnissen waren de algemene inzichten verwerkt zoals die tot dat moment via de beslismodules ontwikkeld waren. In deze vonnissen werden de afnemers van de leaseproducten in vier categorieën ingedeeld, afhankelijk van hun opleidingsniveau, financiële omstandigheden en beleggingservaring. Voor iedere categorie gold een verschillende vergoedingspercentage met telkens een bandbreedte van 10%.¹³ Bovendien werd de betaalde rente bij de vaststelling van de omvang van het nadeel meegerekend.

Prof. Frenk acht het in zijn artikel in de NJB-special ongelukkig dat de standaardvonnissen van 27 april 2007 door de rechtbank zijn gewezen gedurende de opt-out-periode van de Duisenberg-regeling.¹⁴ Zijn be-

Veel rechters trokken hun eigen plan en op vrijwel alle vragen zagen tegenstrijdige beslissingen het licht.

langrijkste bezwaar hiertegen is dat deze uitspraken de beoogde collectieve afwikkeling kunnen ondermijnen. Bij de collectieve regeling hebben partijen hun onzekerheden afgewogen en die onzekerheden dienen blijven te bestaan tijdens de opt-out-periode. Anders dreigt het risico dat de goede risico's uitstappen en de slechte in de regeling blijven zitten. Het met de regeling bereikte evenwicht wordt dan verstoord, aldus prof. Frenk.

Ik zou menen dat dit niet in overeenstemming is met artikel 1015 lid 2 sub b Rv dat bepaalt dat het geschorste geding hervat dient te worden nadat de betrokken partij zijn opt-out-verklaring heeft afgelegd. Dat was in alle drie zaken van 27 april 2007 het geval geweest en de afnemers hadden overeenkomstig artikel 227 lid 1 Rv verklaard dat het geding werd hervat. Daarbij dient bedacht te worden dat partijen in de meeste aanhangige zaken al jaren op hun uitspraak zaten te wachten en dat zij dikwijls door de leaseverplichtingen waaraan zij al voldaan hadden in ernstige financiële moeilijkheden waren gekomen.¹⁵ Twee dagvaardingen in de standaardzaken dateerden van medio 2004 en de derde zelfs van januari 2003! Daar kwam bij dat veel afnemers geregistreerd stonden bij het Bureau Kredietregistratie te Tiel en daarvan aanzienlijke hinder ondervonden bij de aanvraag van nieuwe kredieten. Dat de rechtbank het tot haar taak rekende in deze zaken uitspraak te doen, was wettelijk geboden en redelijk tegenover de eisers die zelf al de keus hadden gemaakt het oordeel van de rechter te prefereren boven de Duisenberg-regeling en dus het risico van een verkeerde keus al geaccepteerd hadden.

Tot zover het historisch overzicht van de obstakels, tegenstrijdigheden en vertragingen die de rechter op zijn pad vond.

Zoals vermeld, is er op dit moment¹⁶ nog rechtsonzekerheid op ten minste twee heikele gebieden: is de leaseconstructie huurkoop zodat de bescherming van artikel 1:88 BW van toepassing is en welk nadeel komt

11. Art. 1015 lid 1 Rv.

12. L.J.N. BA3914, L.J.N. BA3916 en L.J.N. BA3920.

13. Voor de depotzaken gold een geheel ander vergoedingssysteem dat in beginsel voor alle afnemers op gelijke wijze werd toegepast; zie het vonnis van 27 april 2007, L.J.N. BA3920, r.o. 9.

14. Special p. 2617; NB: de opt-out-periode liep tot 1 augustus 2007.

15. Dit kan zelfs een reden zijn om de schorsing te weigeren (art. 1015 lid 2 sub e Rv).

16. Geschreven op 20 november 2007, per 24 januari 2008 blijkt deze situatie nog te bestaan.

voor vergoeding in aanmerking indien de aansprakelijkheid van Dexia eenmaal is vastgesteld.

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de huurkoopvraag. De P-G zag af van cassatie in het belang der wet. In de cassatieprocedure die thans eindelijk wel over deze kwestie aanhangig is, wordt begin 2008 uitspraak verwacht. De huurkoopvraag is van wezenlijk belang voor al die gevallen waarin de echtgenote geen goedkeuring heeft gegeven voor de leaseovereenkomst en waarin zij tijdig een beroep op de nietigheid heeft gedaan.¹⁷ De nietigheid leidt immers in beginsel tot een volledige restitutie van al hetgeen betaald is. De echtgenoten hadden zich destijds verenigd in de Stichting Eegaalse, waarbij tienduizenden eega's aangesloten waren. Hoeveel potentiële eegaclaims er nu nog zijn, is mij niet bekend. De Duisenberg-regeling heeft ook betrekking op deze claims, zodat de echtgenoten alleen na een tijdige opt out nog bij de rechter kunnen aankloppen.

Bij de vraag op welke basis de vergoedingsplicht van Dexia berekend dient te worden, ligt de zaak gecompliceerder. Hier is een van de cruciale vragen of de maandelijkse (rente)termijnen hier wel of niet bij in aanmerking genomen moeten worden. De rechtbank doet dat in haar vonnissen van 27 april 2007 wel. De KCHB had dat in zijn uitspraak van 27 januari 2005 ook al gedaan. Merkwaardig is dat in de NJB-special door geen van de schrijvers aandacht aan deze uitspraak wordt besteed, ondanks de omstandigheid dat de KCHB een zeer zware samenstelling had.¹⁸

De Duisenberg-regeling laat de rentebetalingen volledig voor rekening van de afnemer.¹⁹ Het hof heeft de Duisenberg-regeling in zijn WCAM-beschikking als redelijk beoordeeld en overweegt ook dat noch de renteverplichting, noch de aflossingsverplichting van de lening en de verder gemaakte kosten als schade ten gevolge van het leasen van effecten kan worden aangemerkt. Momenteel is nog een hoger beroep aan-

hangig van de standaardvonnissen van 27 april 2007, zodat op deze standpunten nu niet nader ingegaan zal worden.²⁰ Wel dient voor ogen gehouden te worden dat het hof de redelijkheid van de Duisenberg-regeling marginaal diende te toetsen, dat de regeling een groepsregeling is die niet onderscheidt naar de individuele omstandigheden waar het categoriaal model van de rechtbank op gebaseerd is en dat het hof in de WCAM-beschikking vooropstelt dat de regeling een vaststellingsovereenkomst is waarbij 'over en weer concessies zijn gedaan en kansen zijn ingeschat'. Dat is echter geen maatstaf die de rechter kan gebruiken wanneer hij in een individuele zaak moet beslissen over de vergoedingsplicht van Dexia.

Bij de meeste schrijvers is het door de rechtbank ontwikkelde categoriaal model als zodanig wel in goede aarde gevallen.²¹

Het model is een stap in de richting van 'maatwerk op macroniveau'.²² Daar kan echter nog wel het nodige uitzoekwerk aan vastzitten omdat partijen de noodzakelijke gegevens dikwijls niet eenduidig of niet volledig verstrekken.²³ Voorlopig zal de rechter in eerste instantie met dit uitzoekwerk rekening moeten blijven houden en zullen er met name nog veel comparities in individuele zaken gehouden moeten worden.

Veel voorstellen die gedaan zijn om tot een efficiënte afdoening van massaschade te komen, tasten de partijautonomie en de op het individu toegesneden berechting in meer of in mindere mate aan. Bij de afwegingen die hierbij gemaakt moeten worden, dienen ook de positieve ontwikkelingen in de huidige leaseproblematiek betrokken te worden. Er liepen toen het mis ging meer dan 400 000 leaseovereenkomsten met meer dan 300 000 contractanten.²⁴

Als daar nu nog maximaal 20 000 potentiële procedures uit resulteren, zou circa 95% van de geschillen inmiddels opgelost zijn, door de inspanningen van partijen en hun vertegenwoordigers zelf, de reeds gegeven rechterlijke en andere uitspraken, het optreden van bemiddelaars en adviseurs, of eenvoudigweg een verminderde strijd lust van partijen. In zoverre is er niet alleen reden tot klagen. Het tijdsverloop en wellicht juist ook de hiervoor gesignaleerde tegenstrijdigheden hebben, hoe ongewenst ook, waarschijnlijk ook een positieve uitwerking gehad op de schikkingsbereidheid van partijen. ■

17. Art. 3:52 lid 1 sub b BW: verjaringstermijn is drie jaar nadat de echtgenoot bekend is geworden met de overeenkomst.

18. De commissie bestond uit de P-G bij de Hoge Raad, twee leden uit de Hoge Raad, een raadsheer uit het Hof Amsterdam en drie topmensen uit de bankwereld.

19. Dat wil niet zeggen dat de afnemer bij de rechtbank altijd beter af is dan bij de Duisenberg-regeling. Met name in die gevallen dat de afnemer in de hoogste categorie van het standaardvonnis valt, zal dat doorgaans niet het geval zijn.

20. Opgemerkt wordt dat het hof het door de werkgroep in een vroeger stadium voorgestelde oriënterend overleg over de Dexiaproblematiek niet wenselijk oordeelde.

21. Prof. Barendrecht en mr. Van Doorn: 'Het drietal vonnissen van de rechtbank vormt in onze ogen een veelbelovende aanpak van een goed normeringsproces', NJB-special 2007, 2127, p. 2612 (afl. 41).

22. Tzankova, 'Toegang tot het recht bij massaschade'.

23. Gaandeweg treedt hier steeds meer verbetering bij op, omdat de raadsleden inmiddels wel weten welke gegevens de rechtbank wenst.

24. Dexia heeft zelf als aantallen genoemd: 713 540 overeenkomsten met 397 486 afnemers, gesloten in de periode 1992-2003.