

# ECLI:NL:HR:2009:BH2811

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	05-06-2009
Datum publicatie	05-06-2009
Zaaknummer	07/11290
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2009:BH2811 In cassatie op : ECLI:NL:GHAMS:2007:BA5684, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Effectenlease; proefproces. Aansprakelijkheid Bank wegens schending zorgplicht bij aanbieden restschuldproduct (Hefboomeffect) door niet te waarschuwen voor daaraan verbonden restschuldrisico, niet de inkomens- en vermogenspositie van belegger te onderzoeken en niet het aangaan van de overeenkomst te ontraden. Strekking bijzondere zorgplicht; causaal verband, toerekening in zin van art. 6:98 BW, stelplicht- en bewijslastverdeling; terugbetalingsplicht Bank van rente- en aflossingscomponent?, eigen schuld particuliere afnemer, gezichtspunten; schadeverdeling (40/60); dwaling, geen schending van mededelingsplicht bij tijdige en voldoende duidelijke inlichtingen over wezenlijke kenmerken van overeenkomst (art. 6:228 lid 1 onder b BW); misleidende reclame bij aanbieden van effectenlease-product in brochure (art. 6:194 BW)?, maatstaf; vernietigbaarheid wegens misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 1 en 4 BW)? Wet op het consumentenkrediet niet van toepassing op een effectenlease-overeenkomst. Collectieve afwikkeling massaschade, op voet van art. 7:907 BW verbindend verklaarde vaststellingsovereenkomst niet zonder meer gelijk te stellen met de in Nederland levende rechtsovertuiging als bedoeld in art. 3:12 BW, strekking van opt-out-mogelijkheid (art. 7:908 lid 2). Samenhang met nrs. 08/03771 en 08/00909.
Wetsverwijzingen	Wet op het consumentenkrediet
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RvdW 2009, 684 RF 2009, 64 NJ 2012/183 met annotatie van J.B.M. Vranken NJB 2009, 1204 Ondernemingsrecht 2009, 176 JE 2009, 323 JWB 2009/204 JA 2009/116

## Uitspraak

5 juni 2009

Eerste Kamer

07/11290

EV/IS

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

LEVOB BANK N.V.,  
gevestigd te Amersfoort,  
EISERES tot cassatie, verweerster in het incidentele cassatieberoep,  
advocaat: mr. F.E. Vermeulen,

t e g e n

1. [B],  
2. [GBD],  
beiden wonende te [woonplaats],  
VERWEERDERS in cassatie, eisers in het incidentele cassatieberoep,  
advocaat: mr. E. van Staden ten Brink.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Levob en [B] (in enkelvoud).

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

[B] heeft bij exploit van 18 juni 2003 Levob gedagvaard voor de rechtbank Utrecht en gevorderd, kort gezegd, primair te verklaren voor recht dat [B] de aandelenlease-overeenkomsten met nummers [001], [002], [003], [004], [005] en [006] bij brief van 17 maart 2003 rechtsgeldig buitenrechtelijk heeft vernietigd, althans voornoemde aandelenlease-overeenkomsten te vernietigen en subsidiair te verklaren voor recht dat Levob toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [B] en/of dat Levob onrechtmatig jegens [B] heeft gehandeld en Levob te veroordelen tot vergoeding van de door [B] geleden schade, nader op te maken bij staat en de vereffenen volgens de wet.

Levob heeft de vordering bestreden en, in voorwaardelijke reconventie, gevorderd, kort gezegd, [B] te veroordelen tot betaling aan Levob van een bedrag gelijk aan het verschil tussen de aankoopwaarde van de onderliggende aandelen onder de overeenkomsten minus de waarde van bedoelde aandelen op de datum van ontbinding of vernietiging van de betreffende overeenkomsten uit hoofde waarvan deze aandelen zijn aangekocht.

De rechtbank heeft, na [GBD] te hebben toegestaan zich te voegen aan de zijde van [B], bij vonnis van 4 augustus 2004 voor recht verklaard dat Levob toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [B] en Levob veroordeeld tot vergoeding van 75% van de door [B] geleden schade, als gevolg van de haar toerekenbare tekortkoming, nader op te maken bij staat.

Tegen dit vonnis heeft Levob hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. [B] heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 24 mei 2007 heeft het hof het incidentele appel verworpen, het vonnis voor het overige vernietigd en, in zoverre opnieuw rechtdoende, Levob veroordeeld om:

ten eerste aan [B] te betalen een bedrag van 13.061,01 te vermeerderen met de wettelijke rente telkens over 60% van de afzonderlijke maandtermijnen vanaf de dag waarop deze zijn betaald, tot de dag van algehele voldoening,

en ten tweede aan [B] kwijt te schelden een bedrag van 11.138,91.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

#### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Levob beroep in cassatie ingesteld. [B] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot verwerping van zowel het principale als het incidentele beroep.

De advocaten van Levob en [B] hebben ieder bij brief van 13 maart 2009 op die conclusie gereageerd.

### 3. Beoordeling van het middel

#### 3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [B] en zijn echtgenote hebben op 28 maart 1998 een door hen ingevuld aanvraagformulier voor zes aandelenlease-overeenkomsten van het type 'Het Levob Hefboomeffect' aan Levob toegezonden. [B] had dat formulier met een folder (hierna: de folder) van zes pagina's over dat type overeenkomst op zijn verzoek per post van Levob ontvangen. Na ontvangst van het ingevulde aanvraagformulier heeft Levob zes schriftelijke, door Levob reeds ondertekende, overeenkomsten (hierna: de overeenkomsten) alsmede een vouwblad met 'algemene voorwaarden Het Levob Hefboomeffect' (hierna: de algemene voorwaarden) aan [B] toegezonden, welke overeenkomsten [B] op 7 april 1998 heeft ondertekend en aan Levob geretourneerd. Eerst toen Levob de geretourneerde overeenkomsten ontving, kwamen de overeenkomsten tot stand (in de zin van art. 6:217 lid 1 BW).

(ii) Op het aanvraagformulier hebben [B] en zijn echtgenote ingevuld dat het gezamenlijke netto inkomen f 4.000,-- + f 2.000,-- per maand en de woonlasten f 1.500,-- rente + f 100,-- verzekeringspremie per maand beliepen. Als netto gezinsinkomen per maand is dus opgegeven f 6.000,-- ( 2.722,68). De rente en verzekeringspremie betroffen hypotheekrente en premie voor een risicoverzekering in verband daarmee. [B] en zijn echtgenote waren eigenaar van een met hypotheek belaste woning. Verdere persoonlijke omstandigheden, die echter niet uit het ingevulde aanvraagformulier konden blijken, hielden het volgende in. Zij waren destijds ongeveer 40 en 42 jaar oud, hadden drie kinderen - van onderscheidenlijk 9, 13 en 15 jaar oud - en hadden geen ervaring met beleggen.

(iii) Levob heeft [B] en zijn echtgenote op 3 april 1998 getoetst bij het Bureau Kredietregistratie te Tiel, met als uitslag "komt in ons bestand niet voor".

(iv) In elk van de, onderling identieke, overeenkomsten is onder meer het volgende opgenomen, althans daaruit af te leiden. Voor rekening en risico van [B] wordt f 15.000,-- belegd in een negental AEX-fondsen. De 'juridische eigendom' van de effecten berust bij een aan Levob gerelateerde stichting en de 'economische eigendom' van de effecten bij [B]. Eventuele dividenden komen toe aan [B] en worden in contanten aan hem beschikbaar gesteld. Levob verstrekt f 15.000,-- te leen aan [B] en daarop wordt vooralsnog niet afgelost.

De overeenkomst wordt aangegaan voor tien jaar vanaf het tijdstip van aankoop van de effecten; na afloop daarvan worden de effecten verkocht en wordt de verkoopopbrengst, onder inhouding van 1% als verkoopkosten, aangewend ter aflossing van het krediet; een eventueel surplus wordt aan [B] uitgekeerd en een eventueel tekort moet binnen veertien dagen door [B] worden aangezuiverd.

De rente bedraagt 0,95% per maand, effectief 12% per jaar, wordt per maand achteraf in rekening gebracht, voor het eerst op 28 mei 1998, en ingevolge machtiging van [B] automatisch geïncasseerd ten laste van een bankrekening van [B]. De rente ligt vast gedurende vijf jaar.

(v) De overeenkomsten zijn geen huurkoopovereenkomsten in de zin van art. 7A:1576h BW, omdat zij niet ertoe strekken dat de aandelen in 'eigendom' overgaan naar [B].

(vi) Ingevolge de op de overeenkomsten toepasselijke algemene voorwaarden was [B] bevoegd de overeenkomsten tegen de afloopdatum van de 'rentevaste' periode van vijf jaar boetevrij op te zeggen.

(vii) Ingevolge de overeenkomsten heeft [B] van Levob f 90.000,-- ( 40.840,22) geleend. [B] moest ingaande mei 1998 f 855,-- ( 387,98; afgerond 388,--) per maand aan rente betalen; dat werd ingaande mei 2003 228,96 (afgerond 229,--). Op 14 april 1998 heeft Levob onder de overeenkomsten voor in totaal f 90.000,12 aandelen aangekocht, evenredig verdeeld over de negen in de overeenkomsten genoemde AEX-fondsen. De restschuld onder de overeenkomsten zou maximaal 40.840,22 kunnen zijn, indien de aandelen waardeloos zouden zijn geworden en geen achterstand zou zijn ontstaan ten aanzien van de maandelijkse rentetermijnen.

(viii) De overeenkomsten zijn op 7 december 2004 beëindigd. Uit hoofde van de overeenkomsten had [B] tot dan toe sedert 1998 in totaal 27.648,23 aan Levob betaald en 5.879,88 aan dividend ontvangen, dus per saldo 21.768,35 betaald. De restschuld bedroeg toen (naar valt aan te nemen: na verkoop van de aandelen en besteding van de verkoopopbrengst overeenkomstig de overeenkomsten) f 40.911,55 ( 18.564,85).

3.2 In eerste aanleg heeft [B] gevorderd als onder 1 vermeld, kort samengevat inhoudend, primair dat voor recht wordt verklaard dat de effectenlease-overeenkomsten rechtsgeldig buitengerechtelijk zijn vernietigd, althans deze effectenlease-overeenkomsten te vernietigen op grond van dwaling, en subsidiair dat voor recht wordt verklaard dat Levob toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens [B] en/of dat Levob onrechtmatig jegens [B] heeft gehandeld, met veroordeling van Levob tot vergoeding van de door [B] als gevolg van deze tekortkoming dan wel onrechtmatige daad geleden schade, nader op te maken bij staat.

Levob heeft in (voorwaardelijke) reconventie gevorderd dat [B] wordt veroordeeld tot betaling aan haar van een bedrag gelijk aan het verschil tussen de aankoopwaarde van de onderliggende aandelen onder de overeenkomsten minus de waarde van deze aandelen op de datum van ontbinding of vernietiging van de overeenkomsten uit hoofde waarvan deze aandelen zijn aangekocht.

Bij eindvonnis heeft de rechtbank voor recht verklaard dat Levob toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [B] en heeft zij Levob veroordeeld tot vergoeding van 75% van de door [B] als gevolg van deze tekortkoming geleden schade, nader op te maken bij staat; zij heeft het meer of anders gevorderde afgewezen.

3.3 Levob heeft hoger beroep ingesteld tegen het eindvonnis en [B] heeft zijnerzijds incidenteel hoger beroep tegen dat vonnis ingesteld.

Bij het bestreden arrest heeft het hof het incidentele hoger beroep verworpen en in het principale beroep het vonnis vernietigd en Levob veroordeeld om aan [B] te betalen 60% van het saldo van hetgeen [B] aan rente heeft betaald en aan dividend heeft ontvangen (zijnde 13.061,01), te vermeerderen met de wettelijke rente, alsmede aan [B] kwijt te schelden 60% van de restschuld (zijnde 11.138,91).

#### 4. Beoordeling van het middel in het principale beroep en in het incidentele beroep

4.1 De onderhavige zaak betreft een geschil over een effectenlease-overeenkomst en heeft mede het karakter van een proefprocedure. Voor zover daarmee is beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking voor andere soortgelijke geschillen te verkrijgen, past daarbij reeds direct de kanttekening dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenlease-producten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van het desbetreffende product, de wijze waarop dit is aangeboden en de persoonlijke omstandigheden van de afnemer van het product.

4.2 De middelen stellen diverse thema's aan de orde. Achtereenvolgens worden behandeld:

##### A. Kenmerken van het onderhavige product

- B. Dwaling
- C. Bijzondere zorgplicht
- D. Schade; causaal verband; eigen schuld

#### A. Kenmerken van het onderhavige product

4.3.1 Het hof heeft omtrent de kenmerken van de onder de naam "Het Levob Hefboomeffect" aangeboden effectenlease-overeenkomst het volgende, in cassatie onbestreden, vastgesteld. Krachtens de overeenkomst wordt voor een bepaald bedrag in negen AEX-fondsen belegd. Het desbetreffende bedrag wordt door Levob beschikbaar gesteld bij wijze van kredietverschaffing. Op dit bedrag wordt vooralsnog niet afgelost. Gedurende de looptijd van tien jaar dient maandelijks rente te worden betaald.

4.3.2 Aldus is bij het onderhavige effectenlease-product sprake van een zogenoemd restschuldproduct, waarbij de afnemer over de geldlening periodiek rente betaalt, maar deze niet periodiek aflost, zodat de geldlening bij het einde van de looptijd moet worden afgelost. Deze aflossing geschiedt, voor zover mogelijk, uit de opbrengst van de alsdan te verkopen effecten. Is die opbrengst niet toereikend, dan resteert een restschuld die door de afnemer moet worden voldaan. Aldus wordt met een relatief kleine periodieke 'inleg', een relatief grote aandelenportefeuille aangeschaft, waarmee een relatief groot positief of negatief rendement kan worden behaald (de zogenoemde 'hefboomwerking').

#### B. Dwaling

4.4.1 [B] heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat de overeenkomsten met Levob zijn aangegaan onder invloed van dwaling. Hij stelt dat hij bij het aangaan van de overeenkomsten onjuist is geïnformeerd en daardoor een onjuiste voorstelling van zaken had. Volgens [B] is in de door Levob verstrekte folder inzake Het Hefboomeffect de onjuiste indruk gewekt dat de overeenkomsten betrekking hadden op een product waarvan de risico's vergelijkbaar waren met die van een spaarvorm. De onjuiste voorstelling van zaken bestond volgens [B] ook hierin dat hij dacht dat de maandtermijnen tevens aflossingen waren en dat hij zich niet ervan bewust was dat hij aan het einde van de looptijd een schuld zou kunnen overhouden. Integendeel, [B] ging destijds ervan uit dat het maximale risico het bedrag was dat hij maandelijks per overeenkomst diende te betalen. [B] stelt dat hij, gezien zijn vermogenspositie, een restschuld aan het einde van de looptijd niet kan voldoen en dat hij op basis van zijn inkomen een dergelijke restschuld niet kan aflossen.

4.4.2 Het hof heeft in rov. 4.4-4.5, onder verwijzing naar hetgeen de rechtbank in rov. 4.3-4.11 had overwogen, het beroep van [B] op dwaling afgewezen.

4.4.3 Tegen deze overwegingen van het hof komen onderdeel 1 van het middel in het principale beroep en onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep op.

#### Onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep

4.4.4 Onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep bevat de algemene klacht dat het hof heeft miskend dat de (aanstaande) contractspartij, die gehouden is haar (potentiële) wederpartij inlichtingen te geven teneinde te voorkomen dat de laatste onder invloed van een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken de overeenkomst aangaat, doch deze verplichting niet nakomt, zich ter afwering van een beroep op dwaling in het algemeen niet erop kan beroepen dat die wederpartij (ook) door eigen onderzoek de werkelijke stand van zaken had kunnen ontdekken en dat dit a fortiori geldt, ingeval de dwaling van de wederpartij is te wijten aan onvolledige (en zeker: aan misleidende) inlichtingen van de bedoelde contractspartij. Deze klacht wordt in de onderdelen 1.a tot en met 1.f uitgewerkt.

4.4.5 Het hof heeft, overnemend hetgeen de rechtbank had geoordeeld, overwogen dat [B], voordat hij tot ondertekening van de overeenkomsten overging, de beschikking had over de folder, de tekst van de overeenkomsten en de daarbij behorende algemene voorwaarden inzake het Levob Hefboomeffect, dat hij voldoende gelegenheid heeft gehad de verstrekte voorwaarden te bestuderen, dat van [B] mag worden verwacht de stukken met de nodige aandacht en oplettendheid te lezen en zich rekenschap te geven van de inhoud daarvan en dat [B] niet uit de door Levob verstrekte informatie heeft kunnen en mogen afleiden dat de aan het Levob Hefboomproduct verbonden risico's vergelijkbaar waren met die van een spaarvorm. Tevens heeft het hof overwogen dat de folder niet uitmunt in het helder weergeven van de voor- en nadelen van het product, dat dit niet ongebruikelijk is bij dergelijke folders, dat van de lezer mag worden verwacht dat hij een dergelijke folder met enige reserve leest, dat de folder, zij het in wervende toon, verwijzingen bevat naar het feit dat het hier om beleggen gaat, dat de verwijzingen naar de mogelijkheid van een restschuld en de hoogte van de maandelijkse lasten niet duidelijk zijn en de folder in zoverre gedeeltelijk misleidend is, maar dat de folder slechts één van de informatiebronnen was waarop [B] zich kon baseren. Voorts heeft het hof de overwegingen van de rechtbank overgenomen, die erop neerkomen dat uit diverse bepalingen van de overeenkomst blijkt dat het ging om een lening, die zou worden aangewend om aandelen te kopen, en dat na bestudering van de informatie [B] had kunnen begrijpen dat het bedrag dat hij maandelijks moest betalen uit een rentebetaling bestond en niet uit een aflossing van het geleende bedrag. Het hof heeft ten slotte overwogen dat, hoewel de inhoud van de folder, in zijn geheel beschouwd, niet onjuist is gebleken, [B] staande kan houden dat zijn dwaling ingegeven kan zijn door de inlichtingen als vervat in de folder.

Hiervan uitgaande, heeft het hof als volgt geoordeeld. Uit het geheel van de door Levob tijdig verstrekte informatie, waaronder in het bijzonder de tekst van de overeenkomsten, met inbegrip van de algemene voorwaarden, blijkt voldoende duidelijk dat sprake was van het verstrekken van een geldlening, dat maandelijks rente bij [B] zou worden geïncasseerd en dat het krediet (pas) na tien jaar zou moeten worden afgelost, zoveel mogelijk uit de verkoopopbrengst van de effecten, en dat een eventueel tekort door [B] zou moeten worden aangezuiverd. [B], die wist dat hij bedragen zou lenen, had een en ander redelijkerwijs moeten begrijpen. Daarbij had het op de weg van [B] gelegen zich, alvorens de overeenkomsten aan te gaan, redelijke inspanningen te getroosten om de inhoud van de overeenkomst te begrijpen. Kennisneming van de inhoud van de overeenkomsten had voor [B] aanleiding moeten zijn om zijn op de folder gebaseerde verkeerde voorstelling te corrigeren of ten minste om te twifelen aan de juistheid van die voorstelling en om geschikte maatregelen te treffen om duidelijkheid te verkrijgen. [B] heeft niet gesteld dat hij dergelijke geschikte maatregelen heeft genomen, zodat zijn beroep op dwaling ontoereikend is gemotiveerd.

4.4.6 Aldus heeft het hof geoordeeld dat op grond van het geheel van het door Levob verschaft materiaal voor degene die zich redelijke inspanningen getroost voldoende duidelijk was dat sprake was van een lening, dat over het geleende bedrag rente was verschuldigd, dat met de leensom voor risico van de belegger werd belegd in effecten en dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten bij het einde van de looptijd. Vervolgens heeft het hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat Levob in de gegeven omstandigheden jegens [B], van wie redelijke inspanningen mochten worden gevergd de verstrekte informatie te begrijpen, niet is tekortgeschoten in de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 BW, zodat [B] zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen.

4.4.7 De onderdelen 1.a, 1.b en 1.c, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, berusten naar de kern genomen op de opvatting dat het hof heeft geoordeeld dat Levob een mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW heeft geschonden doordat zij - kort gezegd - de waarschuwingsplichten (omtrent het restschuldrisico van het product en de ongeschiktheid daarvan voor [B] gelet op zijn financiële positie) heeft geschonden die, naar het hof (in rov. 4.6-4.14) heeft aangenomen, uit de op Levob rustende bijzondere zorgplicht voortvloeien. Daaraan wordt de gevolgtrekking verbonden dat de schending van deze mededelingsplicht eraan in de weg staat aan [B] tegen te werpen dat hij heeft nagelaten zelf geschikte maatregelen te nemen om duidelijkheid te verkrijgen omtrent die risico's.

4.4.8 Het hof heeft de vraag of, teneinde te voorkomen dat [B] de overeenkomst onder invloed van dwaling zou aangaan, op Levob de plicht rust tevens de vorenbedoelde waarschuwingen te geven ontkennend beantwoord en geoordeeld dat Levob tijdig die inlichtingen omtrent de wezenlijke kenmerken van de overeenkomsten heeft verschaft die in de gegeven omstandigheden zijn vereist. Daarbij heeft het hof, anders dan waarvan de onderdelen uitgaan, niet geoordeeld dat [B] zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen omdat hij een eigen onderzoeksplicht naar de financiële risico's van de overeenkomst heeft verzaakt, maar omdat hem door Levob op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomsten verbonden risico's, waaronder het restschuld risico, redelijkerwijze te voorkomen.

Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk en aan de motivering daarvan behoeven geen strengere eisen te worden gesteld. Dat laat onverlet dat - zoals hierna onder C aan de orde komt - op Levob uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht verder reikende waarschuwingplichten rusten dan de plicht de inlichtingen te verschaffen die zij, gelet op de aard van de overeenkomst, naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken - en heeft verstrekt - om te voorkomen dat [B] omtrent de essentiële eigenschappen van de overeenkomst zou dwalen.

De opvatting waarvan de onderdelen 1.a, 1.b en 1.c uitgaan is dus niet juist. Daarop stuiten de klachten af.

4.4.9 Voor zover de onderdelen 1.d, 1.e en 1.f voortbouwen op de hiervoor behandelde onderdelen, delen zij het lot daarvan. Voor zover zij ertoe strekken te betogen dat het hof heeft miskend dat de mededelingsplicht van Levob in beginsel voorgaat boven de onderzoeksplicht van [B], falen zij, omdat het hof heeft geoordeeld dat Levob niet in haar in art. 6:228 lid 1 BW bedoelde mededelingsplicht tekortgeschoten is. Voor zover deze onderdelen erover klagen dat het hof eraan heeft voorbijgezien dat de bij [B] gewekte onjuiste voorstelling van zaken berust op de in de folder vervatte onjuiste en misleidende mededelingen, falen zij eveneens. Het hof heeft, in cassatie onbestreden, vastgesteld dat de folder in zijn geheel beschouwd niet onjuist is en heeft geoordeeld, samengevat, dat [B] door kennisneming van de inhoud van de schriftelijke overeenkomsten en de algemene voorwaarden zijn mogelijke, op de folder gebaseerde, verkeerde voorstelling van zaken had kunnen en moeten corrigeren.

Onderdeel 1 van het middel in het principale beroep

4.4.10 Onderdeel 1 van het middel in het principale beroep behelst naar de kern genomen de klacht dat het oordeel van het hof (in rov. 4.5) dat [B] staande kan houden dat zijn dwaling kan zijn ingegeven door de in de folder vervatte inlichtingen van Levob onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd is. De klacht faalt. Het hof heeft, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting en voldoende gemotiveerd, met de rechtbank, kunnen oordelen dat de inhoud van de folder bij [B] een onjuiste voorstelling van zaken kan hebben gewekt. Maar vervolgens heeft het hof geoordeeld dat [B] die onjuiste voorstelling niet, gelijk hij had kunnen en behoren te doen, heeft gecorrigeerd op grond van de inhoud van de schriftelijke overeenkomsten, en daaraan de gevolgtrekking verbonden dat - zoals Levob had bepleit - het beroep van [B] op dwaling niet opgaat.

C. Bijzondere zorgplicht

4.5.1 [B] heeft zich op het standpunt gesteld dat Levob voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomsten haar bijzondere zorgplicht jegens [B] als niet-professionele wederpartij heeft geschonden, doordat zij niet heeft voldaan aan haar zorgplichten inzake het inwinnen van informatie bij [B] over zijn financiële positie en inzake het verstrekken aan [B] van volledige en specifieke informatie over de financiële risico's die aan de overeenkomsten waren verbonden.

Door deze schending is Levob volgens [B] toerekenbaar tekortgeschoten in haar (precontractuele) zorgplicht en heeft zij onrechtmatig jegens hem gehandeld.

4.5.2 Het hof heeft in rov. 4.7-4.15 geoordeeld dat Levob op twee punten in de nakoming van de haar betamende zorgplicht is tekortgeschoten.

4.5.3 Onderdeel 2 van het middel in het principale beroep komt met rechts- en motiveringsklachten tegen deze overwegingen op.

4.5.4 Het hof heeft het volgende vooropgesteld. Op Levob rust als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten jegens [B] als particuliere persoon met wie zij een overeenkomst inzake Het Levob Hefboomeffect zal aangaan een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als die inzake Het Levob Hefboomeffect te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's, en de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels.

4.5.5 De rechtsopvatting waarvan deze vooropstelling van het hof blijkt geeft, is juist. Voor zover de klachten van het onderdeel dit oordeel als onjuist bestrijden, falen zij.

4.5.6 Het hof heeft geoordeeld dat Levob in het onderhavige geval is tekortgeschoten in haar verplichting [B] uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor het aan de overeenkomsten verbonden risico dat aan het einde van de looptijd nog een schuld zou kunnen resteren, omdat de verkoopopbrengst van de effecten ontoereikend zal blijken om aan de betalingsverplichtingen uit de overeenkomsten te kunnen voldoen. Het heeft voorts geoordeeld dat, gelet op - kort gezegd - de financiële risico's die de overeenkomsten op [B] leggen, Levob met het oog daarop diens inkomens- en vermogenspositie in overweging moet nemen, in ieder geval aan de hand van daartoe bij [B] op te vragen en zo nodig met deze te bespreken gegevens, waarbij zij dient na te gaan of [B] ook bij een tekortschietende verkoopopbrengst redelijkerwijze aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomsten zal kunnen voldoen en, als zulks naar haar oordeel niet het geval is, met [B] moet overleggen over flankerende maatregelen om hem te beschermen tegen de gevaren van de overeenkomsten en de overeenkomsten in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden - zoals bijvoorbeeld wanneer de effecteninstelling zich ervan heeft vergewist dat de potentiële afnemer zich bewust is van de gevaren die voor hem aan de overeenkomst zijn verbonden, maar desondanks de overeenkomst wenst aan te gaan - niet mag aangaan als die maatregelen niet worden getroffen.

4.5.7 Anders dan waarvan het onderdeel (in het bijzonder in onderdeel 2.1) uitgaat, heeft het hof bij zijn oordeel dat op Levob de bedoelde waarschuwingsplicht voor het restschuldrisico en de bedoelde onderzoeksplicht rust, de aard van de relatie met [B] niet miskend. Het hof heeft met juistheid geoordeeld dat de bijzondere zorgplicht ook op Levob rust ingeval geen sprake is van een advies- of vermogensbeheerrelatie, maar van een, zoals Levob heeft aangevoerd, 'kant-en-klaar' financieel product zonder persoonlijk contact waaruit geen onbegrensde latente verplichtingen kunnen voortvloeien. Het gaat immers bij de onderhavige restschuldrisico producten om een, aan een breed publiek van particuliere afnemers aangeboden, risicovol product waarbij met geleend geld wordt belegd.

4.5.8 Eveneens terecht heeft het hof, anders dan het onderdeel (in het bijzonder in de onderdelen 2.2 en 2.4.1-2.4.4) betoogt, geen doorslaggevend gewicht toegekend aan de omstandigheid dat de destijds geldende publiekrechtelijke regelgeving, met inbegrip van de toen voor Levob geldende gedragsregels, de



hier door het hof geconcretiseerde zorgplichten niet specifiek voorschreven. Het hof heeft zijn oordeel gegrond op in de precontractuele fase op Levob rustende, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende, verplichtingen tot het betrachten van bijzondere zorg jegens [B]. De opvatting die het onderdeel huldigt, dat deze privaatrechtelijke zorgplicht geen verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd, is onjuist.

4.5.9 Voor zover het onderdeel (in het bijzonder in onderdeel 2.3.1-2.3.2) erover klaagt dat het hof te zeer heeft geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, aangezien de mogelijkheid van resterende aflossingsverplichtingen duidelijk is vermeld in de contractsformulieren en de algemene voorwaarden en sprake was van een overeenkomst met een overzichtelijke risicostructuur, en voorts dat het hof heeft nagelaten te responderen op Levob's stelling dat deze duidelijke vermelding van de mogelijkheid van een restschuld in de contractsdocumentatie een toereikende mededeling oplevert en heeft nagelaten vast te stellen of Levob had moeten verwachten dat door haar verstrekte informatie niet als toereikend kon gelden, missen deze klachten feitelijke grondslag. Het hof heeft nu juist, naar in zijn overwegingen besloten ligt, geoordeeld dat in de contractsdocumentatie [B] niet voldoende duidelijk en indringend gewaarschuwd is voor de mogelijkheid van een restschuld.

4.5.10 Onderdeel 2.4.3 behelst de klacht dat Levob zich de inkomens- en vermogenspositie van [B] in voldoende mate heeft aangetrokken door voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomsten te informeren naar zijn netto-inkomen, zijn besteedbaar inkomen te berekenen en een BKR-toetsing uit te voeren. De klacht faalt. Het hof heeft geoordeeld dat Levob voorafgaande aan het sluiten van de effectenlease-overeenkomsten had dienen te beoordelen of [B] op grond van zijn inkomens- en vermogenspositie bij het einde van de looptijd van de overeenkomsten een eventuele restschuld kon dragen en dat het voor de beoordeling daarvan ook noodzakelijk was dat Levob inlichtingen zou inwinnen over het daarvoor beschikbare vermogen van [B]. Dat heeft Levob, naar het in cassatie ook niet bestreden oordeel van het hof, nagelaten.

4.5.11 Onderdeel 2.4.4 klaagt dat het hof onvoldoende duidelijk heeft gemaakt waarom Levob, gelet op de informatie waarover zij beschikte, met het oog op het risico van een restschuld gehouden was af te zien van het sluiten van de overeenkomsten met [B], nu het hof niet aangeeft waarom de vastgestelde persoonlijke omstandigheden ertoe leidden dat [B] door het aangaan van de overeenkomsten op onaanvaardbare wijze werd blootgesteld aan de gevolgen van eventuele koersverliezen.

Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat de schending van de verplichting de inkomens- en vermogenspositie van [B] in overweging te nemen eerst tot aansprakelijkheid kan leiden ingeval de bij hem ingewonnen inlichtingen Levob tot de slotsom hadden moeten voeren dat [B] naar redelijke verwachting niet aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomsten zou kunnen voldoen.

Het hof heeft voorts het verweer van Levob verworpen, dat de gegevens waarover zij beschikte de gevolgtrekking konden wettigen dat [B] niet alleen de maandtermijnen "ruimschoots" kon dragen, maar ook de maximale restschuld bij beëindiging van de overeenkomsten zou kunnen voldoen door een nieuwe lening af te sluiten en de daaruit dan voortvloeiende rente en aflossingen in maandtermijnen te betalen. Het hof heeft daartoe overwogen (in rov. 4.14) dat, indien al aangenomen mag worden dat [B] een nieuwe lening op rente- en aflossingscondities zou kunnen krijgen als door Levob gesteld, de aflossing van de restschuld ruim elf jaar zou duren, terwijl op het tijdstip van aangaan van de overeenkomsten niet (zonder meer) ervan mocht worden uitgegaan dat het beschikbare bedrag van [B] bij beëindiging van de overeenkomsten nog steeds 680,-- per maand zou zijn.

Tegen deze achtergrond is niet onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat [B] door het aangaan van de overeenkomsten op onaanvaardbare wijze werd blootgesteld aan het gevaar dat [B] niet aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomsten, waaronder in het bijzonder het restschuldrisico, zou kunnen voldoen. Het is ook toereikend gemotiveerd. Daaraan doet niet af of [B] en zijn echtgenote, anders dan het hof als vaststaand had aangenomen, in werkelijkheid wel beschikten over enig ander vermogen dan de met hypotheek belaste woning, omdat het hof zijn oordeel dat Levob zich in het onderhavige geval de inkomens- en vermogenspositie van [B] niet in voldoende mate heeft aangetrokken, heeft kunnen gronden op de gegevens zoals die door Levob voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomsten waren

gevraagd en door [B] waren verstrekt.

4.5.12 De klachten van het onderdeel zijn tevergeefs voorgesteld.

#### D. Schade; causaal verband; eigen schuld

4.6.1 Het hof heeft in rov. 4.16-4.21 zijn oordeel gegeven over de schade die Levob als gevolg van de schending van de op haar rustende zorgplicht aan [B] dient te vergoeden.

4.6.2 Onderdeel 3 van het middel in het principale beroep bestrijdt met rechts- en motiveringsklachten het oordeel van het hof dat Levob uit onrechtmatige daad aansprakelijk is en dat als schade in beginsel de restschuld en de rentebetalingen moeten worden vergoed. Onderdeel 2 van het middel in het incidentele beroep richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de door het hof op de voet van art. 6:101 BW aangenomen vermindering van de vergoedingsplicht van Levob.

#### Voorafgaande beschouwing inzake zorgplicht en schadevergoeding

4.7.1 Het hof heeft gelet op het vorenoverwogene dus met juistheid geoordeeld dat in de omstandigheden van dit geval op Levob voor het aangaan van de onderhavige effectenlease-overeenkomsten een waarschuwplicht voor het restschuldrisico rustte, alsmede dat zij gehouden was onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van [B].

4.7.2 De waarschuwplicht met betrekking tot het restschuldrisico en de verplichting inlichtingen in te winnen omtrent inkomen en vermogen van de potentiële particuliere afnemer hebben een algemeen karakter, dat in belangrijke mate is verbonden met de risicovolle aard van het effectenlease-product dat aan een breed publiek is aangeboden, en zijn niet afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer. Deze zorgplichten gaan - behoudens bijzondere omstandigheden - niet zo ver dat op de aanbieder de verplichting rust te weigeren de overeenkomst aan te gaan.

4.7.3 De verplichting van aanbieders van effectenleaseproducten de afnemer bij het aangaan van de overeenkomst indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico strekt ertoe de potentiële particuliere wederpartij te informeren over en te waarschuwen tegen het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's of van risico's die hij redelijkerwijze niet kan dragen. Deze verplichting heeft zelfstandige betekenis, ongeacht het antwoord op de vraag of de plicht inlichtingen in te winnen omtrent inkomen en vermogen van de afnemer is nageleefd. Ook indien immers naleving van deze onderzoeksplicht van de aanbieder aan het licht zou hebben gebracht dat de afnemer de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst, waaronder een mogelijke restschuld, redelijkerwijze zou kunnen dragen, is niet uitgesloten dat de afnemer zich bij gebreke van zodanige waarschuwing voor het restschuldrisico niet op verantwoorde wijze heeft kunnen realiseren dat de te sluiten overeenkomst financiële risico's meebracht die hij redelijkerwijze niet zou hebben willen dragen. Indien de financiële positie van de afnemer van dien aard was dat hij destijds naar redelijke verwachting niet aan zijn (periodieke) betalingsverplichtingen zou kunnen (blijven) voldoen, brengt de plicht van de aanbieder tot inkomens- en vermogensonderzoek de verplichting mee de afnemer te adviseren de overeenkomst niet aan te gaan.

4.7.4 Schending van deze zorgplichten zal in het algemeen meebrengen dat de aanbieder van het effectenlease-product gehouden is de daarmee verband houdende schade te vergoeden.

4.7.5 Wat betreft het antwoord op de vraag welke schade - alleen de restschuld, dan wel in de daarvoor in aanmerking komende gevallen tevens de rente, aflossingen en kosten - als gevolg van het tekortschieten van de aanbieder in de nakoming van zijn in de precontractuele fase in acht te nemen bijzondere zorgplicht (de verplichting te waarschuwen voor het restschuldrisico en de plicht inlichtingen in te winnen omtrent het inkomen en vermogen van de afnemer) aan de aanbieder zal kunnen worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW, geldt het volgende.

4.7.6 In beginsel dient de afnemer volgens de hoofdregel van art. 150 Rv. te stellen en bij voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen dat voldoende causaal verband bestaat tussen de schade die hij stelt te hebben geleden en de schending van deze zorgplichten.

4.7.7 Waar de verplichtingen waarin de aanbieder is tekortgeschoten ertoe strekken te voorkomen dat een potentiële particuliere wederpartij lichtvaardig of met ontoereikend inzicht de effectenlease-overeenkomst sluit, kan - behoudens voldoende door de aanbieder gestelde en te bewijzen aangeboden feiten en omstandigheden waaruit anders kan blijken - het aangaan van de overeenkomst aan de aanbieder worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW, zodat de aanbieder in beginsel als schade dient te vergoeden de nadelige financiële gevolgen voor de afnemer van het aangaan van de overeenkomst. Onder die schade kan niet alleen de gerealiseerde restschuld worden begrepen, doch tevens de reeds betaalde rente en, in voorkomende gevallen, de reeds betaalde aflossing.

4.7.8 Van het in art. 6:98 BW bedoelde oorzakelijk verband kan overigens eerst sprake zijn, indien is voldaan aan de eis van condicio-sine-qua-non- verband als bedoeld in art. 6:162 BW. Voor de gevallen waarin door de aanbieder van het effectenleaseproduct is aangevoerd dat de afnemer de overeenkomst toch zou hebben gesloten, ook indien de aanbieder aan de op hem rustende zorgplicht had voldaan, verdient het volgende aantekening.

4.7.9 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest zo aanzienlijk, dat - behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel - ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.

4.7.10 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de financiële positie van de afnemer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst toereikend was om zijn betalingsverplichtingen uit die overeenkomst, waaronder de mogelijke (maximale) restschuld, na te komen, zal - in verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingsplicht ook ertoe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's - het verweer van de aanbieder dat de afnemer de overeenkomst ook zou zijn aangegaan indien de aanbieder niet in zijn zorgplicht was tekortgeschoten, in het licht van de desbetreffende stellingen van de afnemer voldoende concreet moeten zijn onderbouwd. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, kan eveneens tot uitgangspunt worden genomen dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.

4.7.11 Indien het vorenbedoeld oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de schade kan worden aangenomen, zal op de voet van art. 6:101 BW dienen te worden beoordeeld in hoeverre deze schade als door de afnemer zelf veroorzaakt voor zijn rekening moet blijven.

4.7.12 Daarbij zal als uitgangspunt kunnen worden gehanteerd dat de reeds betaalde rente, aflossingen en eventuele kosten alsmede de restschuld mede het gevolg zijn van aan de afnemer toe te rekenen omstandigheden, daarin bestaande dat uit de effectenlease-overeenkomst voldoende duidelijk kenbaar was dat werd belegd met geleend geld, dat de overeenkomst voorzag in een geldlening, dat over die lening rente moest worden betaald en dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten op het tijdstip van verkoop daarvan. Daarbij valt ook in aanmerking te nemen dat van de afnemer mag worden verwacht dat hij alvorens de overeenkomst aan te gaan, zich redelijke inspanningen getroost om de effectenlease-overeenkomst te begrijpen.

Er zal dan grond zijn voor vermindering van de vergoedingsplicht van de aanbieder in evenredigheid met de mate waarin de aan de aanbieder en de aan de afnemer toe te rekenen omstandigheden moeten worden geacht te hebben bijgedragen aan het ontstaan van deze schade, en vervolgens zal moeten worden onderzocht of op grond van de billijkheid een andere verdeling gerechtvaardigd is. Bij de

toepassing van de maatstaf van art. 6:101 BW zullen fouten van de afnemer die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de aanbieder waardoor deze in de zorgplicht is tekortgeschoten.

4.7.13 Bij de vereiste afweging kan onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende schadeposten, te weten: de reeds betaalde rente en aflossing enerzijds, en de restschuld anderzijds. Daarbij moet in aanmerking worden genomen welke de bestedingsruimte was die de afnemer destijds had.

In gevallen waarin bij onderzoek door de aanbieder zou zijn gebleken dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer naar redelijke verwachting toereikend was de rente en aflossing te voldoen, zullen deze schadeposten in beginsel geheel voor rekening van de afnemer moeten worden gelaten, aangezien deze schade dan geheel kan worden toegeschreven aan de omstandigheid dat, naar de afnemer wist of moest weten, met geleend geld is belegd.

In gevallen waarin echter bij nakoming van deze onderzoeksplicht aan de aanbieder zou zijn gebleken dat de afnemer redelijkerwijs niet in staat zou zijn (geweest) aan de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te (blijven) voldoen - en de aanbieder de afnemer dan ook had moeten adviseren de overeenkomst niet aan te gaan - zal in beginsel een deel van de betaalde rente en aflossing voor vergoeding in aanmerking komen.

Van de restschuld zal in beginsel steeds een deel voor rekening van de afnemer kunnen worden gelaten.

Onderdeel 3 van het middel in het principale beroep: causaal verband

4.8.1 De onderdelen 3.1-3.4 bestrijden het oordeel van het hof met betrekking tot het causaal verband tussen de schending van de plicht [B] uitdrukkelijk en indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico en van de plicht een verantwoorde inkomens- en vermogenstoets uit te voeren, en de door [B] gestelde als gevolg daarvan geleden schade.

Aangevoerd wordt (in het bijzonder in onderdeel 3.1) dat het hof niet is ingegaan op het verweer dat het vereiste condicio-sine-qua-non-verband ontbreekt, omdat [B], die geconfronteerd werd met (duidelijke) informatie over de mogelijkheid van een restschuldrisico en die informatie tot zich nam en later bereid bleek om ook bij een andere aanbieder een tweetal effectenlease-overeenkomsten af te sluiten, niet van het aangaan van de overeenkomsten met Levob zou zijn afgehouden, terwijl Levob, zou zij haar plicht inzake het onderzoek van inkomen en vermogen van [B] niet hebben verzaakt, bij kennisneming van de informatie niet had behoren af te zien van het aangaan van de overeenkomsten met [B], maar hooguit gehouden zou zijn geweest tot een waarschuwing voor de risico's, waardoor [B] echter niet zou zijn afgehouden van het aangaan van de overeenkomsten.

Onderdeel 3.2 stelt dat het hof Levob overeenkomstig haar herhaalde algemene getuigenbewijsaanbod tot tegenbewijs had moeten toelaten, en/of dat het hof dit algemene bewijsaanbod ontoereikend gemotiveerd heeft gepasseerd.

Onderdeel 3.3 richt zich tegen het oordeel van het hof dat ook de door [B] verrichte rentebetalingen als aan de tekortkomingen van Levob toerekenbare schade kunnen worden toegewezen. Nu het hof aan zowel zijn oordeel dat Levob een op haar rustende waarschuwingsplicht heeft geschonden, als aan zijn oordeel dat Levob heeft nagelaten informatie in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van [B], uitsluitend het risico van een restschuld ten grondslag heeft gelegd en nu de normen die het hof heeft geformuleerd ook uitsluitend strekken tot bescherming tegen dat risico, is onjuist althans onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat het aangaan van de overeenkomsten Levob als een gevolg van haar tekortkoming kan worden toegerekend met als gevolg dat zij aan [B] in beginsel als geleden schade dient te vergoeden de nadelige financiële gevolgen die voor hem gemoeid waren met het aangaan van de overeenkomsten.

4.8.2 Het hof heeft geoordeeld dat de verplichtingen waarin Levob is tekortgeschoten ertoe strekken te voorkomen dat een particuliere afnemer als [B] lichtvaardig of met ontoereikend inzicht een beleggingsovereenkomst sluit, dat het aangaan van de overeenkomsten Levob daarom als gevolg van haar tekortkoming kan worden toegerekend, zodat zij aan [B] in beginsel als geleden schade dient te vergoeden de nadelige financiële gevolgen die voor hem gemoeid waren met het aangaan van de overeenkomsten, en dat onder die schade niet alleen is begrepen de restschuld doch ook de door [B] verrichte rentebetalingen. In het licht van hetgeen hiervoor in 4.7.2 e.v. is vooropgesteld, geeft dit oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk en het is voldoende gemotiveerd.

4.8.3 Voor zover de onderdelen erop berusten dat het hof uitsluitend het risico van een restschuld ten grondslag heeft gelegd aan zijn oordeel dat Levob niet aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan, zien zij eraan voorbij dat het hof kennelijk heeft geoordeeld dat Levob, zou zij inlichtingen hebben ingewonnen over de inkomens- en vermogenspositie van [B], uit die inlichtingen had moeten begrijpen dat de mogelijke financiële gevolgen een zodanig onverantwoord zware last voor [B] vormden, dat hij redelijkerwijze niet aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomsten zou kunnen voldoen. Daaraan heeft het hof de gevolgtrekking kunnen verbinden dat Levob niet heeft kunnen volstaan met (algemene) waarschuwingen tegen de gevaren van de overeenkomsten, maar in de gegeven omstandigheden voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomsten met [B] had moeten overleggen over maatregelen ter bescherming van [B] tegen de risico's van de overeenkomsten, welk overleg zij niet heeft gepleegd. Het betoog dat het hof geen beslissing heeft gegeven op het verweer van Levob dat [B] niet zou zijn afgehouden van het sluiten van de overeenkomsten nu hij geconfronteerd werd met duidelijke informatie over de mogelijkheid van een restschuld en hij die informatie tot zich nam en later bereid bleek ook bij een andere aanbieder effectenlease-overeenkomsten af te sluiten, stuit erop af dat het hof heeft geoordeeld dat de door Levob verstrekte informatie voor [B] juist niet duidelijk genoeg was.

De klacht dat het hof niet heeft mogen voorbijgaan aan het algemene aanbod tot het leveren van tegenbewijs door middel van getuigen, miskent dat het hof kennelijk heeft geoordeeld dat het bewijsaanbod van Levob onvoldoende duidelijk was betrokken op toereikend geconcretiseerde stellingen, die, indien bewezen, tot andere oordelen aanleiding zouden geven. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Onderdeel 2 van het middel in het incidentele beroep: eigen schuld

4.9.1 Onderdeel 2 richt zich tegen rov. 4.20-4.21 van het hof met de klacht dat het oordeel dat [B] 40% van de schade moet dragen onjuist of onbegrijpelijk is.

Onderdeel 2.a klaagt dat het hof in het kader van de verdeling op de voet van art. 6:101 BW niet alle relevante factoren heeft betrokken, in het bijzonder niet het verwijt van [B] dat Levob de plicht heeft verzaakt [B] te waarschuwen dat hij alleen bij waardestijging hoger dan de betaalde rente winst zou maken en dat hij dus erop achteruit zou gaan, zelfs indien de met het geleende bedrag aangeschafte aandelen in waarde zouden stijgen, zolang die stijging niet meer was dan de verschuldigde rente (minus het behaalde rendement).

Onderdeel 2.b klaagt, onder verwijzing naar de klachten vervat in onderdeel 1.a-1.f, dat het hof blijk heeft gegeven van een verkeerd inzicht omtrent de voorrang die een verplichte, niet onvolledige en (mede) daarom niet misleidende, informatieverstrekking van een potentiële verkoper, in het algemeen en in het bijzonder indien het gaat om de informatie vanuit een deskundige professionele organisatie ten opzichte van een niet-deskundige consument, behoort te hebben op de onderzoeksplicht van de potentiële koper, althans dat het zijn oordeel daaromtrent niet voldoende met redenen heeft omkleed.

Onderdeel 2.c klaagt, onder verwijzing naar onderdeel 1.f, dat het hof ten onrechte geen aandacht heeft besteed aan de omstandigheid dat het hier ging om een potentiële transactie tussen een professionele deskundige aanbieder van financiële producten, die zich richtte tot het grote publiek van willekeurige particulieren.

Onderdeel 2.d klaagt dat het hof heeft miskend dat ook hier uitgangspunt dient te zijn dat de wederpartij van degene die door mededelingen van een professional onvolledig en gebrekkig is voorgelicht in het algemeen geen beroep toekomt dat diegene zijn onjuiste voorstelling van zaken ook zelf door eigen onderzoek had kunnen ontdekken, in ieder geval indien het, zoals hier, gaat om een consument.

Onderdeel 2.e klaagt dat, waar dat [B] met klem van redenen heeft gesteld dat de folder van Levob misleidend is en dat hij door de folder van is misleid, Levob geen beroep op art. 6:101 BW toekomt, althans slechts onder zeer bijzondere omstandigheden, die het hof, in strijd met zijn motiveringsplicht, niet heeft genoemd.

Onderdeel 2.f klaagt dat een en ander eens te meer klemt nu het gaat om een door een professional onder het publiek verspreide misleidende folder, ten aanzien waarvan art. 6:195 BW bepaalt dat Levob voor de dientengevolge ontstane schade aansprakelijk is, tenzij Levob bewijst dat zulks noch aan haar schuld is te wijten, noch op andere grond voor haar rekening komt, waaromtrent echter niets is gesteld of gebleken en waaromtrent het hof ook niets heeft overwogen.

4.9.2 Bij zijn oordeel dat grond bestaat voor een vermindering van de vergoedingsplicht van Levob op de voet van artikel 6:101 lid 1 BW, heeft het hof in aanmerking genomen dat van [B] mocht worden verwacht dat hij zich vóór het aangaan van die overeenkomsten redelijke inspanningen getroostte teneinde de betekenis van het in de overeenkomsten bepaalde te doorgronden en de voor hem uit de overeenkomsten volgende verplichtingen en risico's te begrijpen, dat uit de overeenkomsten voldoende kenbaar is dat daarbij een geldlening van f 90.000,-- werd aangegaan, dat aan die lening rente- en aflossingsverplichtingen voor [B] waren verbonden en dat sprake was van een belegging in effecten met het geleende geld, dat aan een belegging in effecten een zeker risico is verbonden (daargelaten de precieze aard en omvang daarvan), in het bijzonder in het geval van koersdalingen en dat dit, reeds als feit van algemene bekendheid, eveneens te kennen was. Daaraan heeft het hof de gevolgtrekking verbonden dat in de geschetste omstandigheden het ontstaan van de door [B] geleden schade, als een gevolg van zijn eigen beslissing tot het aangaan van effectenlease-overeenkomsten, mede aan hemzelf is toe te rekenen.

In het licht van hetgeen hiervoor in 4.7.11-4.7.13 is vooropgesteld, geeft dit oordeel van het hof niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, is ook niet onbegrijpelijk en het is toereikend gemotiveerd.

4.9.3 Onderdeel 2.a faalt. Ook zonder dat het hof afzonderlijk aandacht heeft besteed aan het in het onderdeel bedoelde verwijt, is zijn oordeel dat en in welke mate het aangaan van de overeenkomsten Levob als gevolg van haar tekortkomingen kan worden toegerekend, toereikend gemotiveerd.

Voor zover de klachten van het onderdeel voortbouwen op de klachten van onderdeel 1 van het middel delen zij het lot daarvan.

Voor zover het onderdeel berust op de opvatting dat het bij de causaliteitsafweging van art. 6:101 BW gaat om de mate van verwijtbaarheid van de wederzijds gemaakte fouten, faalt het. Die opvatting is onjuist.

Voor zover het onderdeel motiveringsklachten richt tegen het oordeel van het hof (in rov. 4.21) dat voor een andere verdeling op grond van de billijkheid geen grond is, stuit het reeds af op de vaststelling van het hof (in rov. 4.19) dat [B] zich op het standpunt heeft gesteld dat van aan hem toe te rekenen omstandigheden die tot de schade hebben bijgedragen in het geheel geen sprake was. Bovendien kan hij niet voor het eerst in cassatie een beroep op de billijkheidscorrectie doen.

4.9.4 De klachten van het onderdeel zijn tevergeefs voorgesteld.

Onderdeel 4 van het middel in het principale beroep

4.10 Onderdeel 4 van het middel in het principale beroep behelst geen zelfstandige klachten en deelt het lot van de overige onderdelen van het middel in het principale beroep.

## 5. Slotsom

Uit het voorgaande volgt dat de klachten van het middel in het principale beroep en die van het middel in het incidentele beroep tevergeefs zijn voorgesteld. De beroepen moeten worden verworpen.

## 6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Levob in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [B] begroot op 476,34 aan verschotten en 2.200,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [B] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Levob begroot op 68,07 aan verschotten en 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren A. Hammerstein, W.A.M. van Schendel, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president D.H. Beukenhorst op 5 juni 2009.