

het afleggen van een schriftelijke verklaring te weigeren.

prof. mr. R.M. Hermans
CPO-hoogleraar geschiloplossing in de (inter)
nationale privaatrechtelijke rechtspraktijk aan de
Radboud Universiteit

Financieel recht

116

Ontvankelijkheid van art. 3:305a-stichting

Gerechtshof Den Haag
4 februari 2020, zaaknr. 200.228.929/01,
ECLI:NL:GHDHA:2020:102
(mr. Arpeau, mr. Joustra, mr. Swelheim)
Noot prof. mr. T.M.C. Arons

Collectieve actie. Soortgelijke belangen van bij stichting aangesloten deelnemers. Belangen van achterban zijn voldoende gewaarborgd. Stichting beschikt over voldoende belang om collectieve actie ex art. 3:305a BW te kunnen voeren.

[BW art. 3:305a]

Stichting Platform Aandelenlease (hierna: PAL) is niet verplicht om een lijst over te leggen waaruit Aegon precies kan opmaken ten aanzien van wie zij zich heeft te verdedigen. Deze verplichting past niet bij het wezen van een collectieve actie als bedoeld in art. 3:305a BW, waarin het geding door de stichting of vereniging die de vordering instelt op eigen naam wordt gevoerd ter behartiging van gelijksoortige belangen van andere personen. PAL treedt niet op als procesvertegenwoordigster van of namens deze anderen. Aegon heeft niet betwist dat (een deel van) de deelnemers aan het SprintPlan gelijksoortige belangen hebben. Dat de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende zijn gewaarborgd omdat PAL niet of nauwelijks over een relevante achterban beschikt, is naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd.

Voor zover Aegon wil betogen dat de belangen onvoldoende zijn gewaarborgd (en er sprake is van een onzuiver commercieel motief) omdat ConsumentenClaim op no cure no pay-basis opereert en de deelnemers bij recht op betaling 20% van het van Aegon te ontvangen bedrag aan ConsumentenClaim moeten afdragen, volgt het hof Aegon niet in dit betoog. Niet is gebleken dat deze vergoeding (buitensporig) hoog is. Voorts heeft PAL toegelicht dat zij tegenwoordig op haar website een verantwoordingsdocument heeft staan waarin zij toelicht hoe zij de Claimcode nakomt en waarom zij op bepaalde punten van de Claimcode afwijkt. Het hof overweegt tot slot dat de stelling dat er geen transparantie is over de afspraken tussen PAL en ConsumentenClaim niet betekent dat de belangen van de deelnemers onvoldoende zijn gewaarborgd.

Een en ander leidt tot de slotsom dat is komen vast te staan dat PAL beschikt over een voldoende belang om een collectieve actie als bedoeld in art. 3:305a BW te kunnen voeren.

Stichting Platform Aandelenlease te Nieuwegein, appellante, hierna te noemen: PAL, advocaat: mr. J.B. Maliepaard, tegen Aegon Bank NV te Den Haag, geïntimeerde, advocaat: mr. B.W.G. van der Velden.

(...; red.)

De feiten

1. De door de rechtbank in het vonnis van 18 oktober 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:11807; red.) vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan.
2. Het gaat in deze zaak om het volgende:

Partijen en SprintPlan

(i) PAL is op 7 juni 2005 opgericht. Blijkens artikel 2 lid 1 van haar statuten heeft zij ten doel: "a. het optreden als gratis belangenbehartiger en hulpverlener van gedupeerde klanten die overeenkomsten met betrekking tot financiële producten waaronder maar niet uitsluitend, worden begrepen: aandelenlease producten, koopsommen, inkomensbeschermers, beleggingsverzekeringen en kredietproducten, hebben afgesloten met financiële instellingen en daarbij behorende

informatieverstrekking en advisering en bemiddeling over die producten, en als gevolg daarvan schade hebben geleden, dan wel daardoor anderszins in hun belangen zijn aangetast of dreigen te worden aangetast;

b. het (gratis) ondersteunen van individuele gedupeerden in hun situatie door onder andere hulp te bieden bij correspondentie en informatie te verstrekken over juridische procedures;

c. het optreden als (belangeloos) informatiecentrum met betrekking tot alle artikelen die in de media verschijnen en over aandelenlease, alle uitspraken van rechtbanken en klachtencommissies, financiële producten en problemen daaromtrent;

d. het voeren van overleg met andere belangenorganisaties, het voeren van (collectieve) schikkingsonderhandelingen, het verbindend doen verklaren van eventuele getroffen collectieve regelingen in de zin van de Wet Collectieve Afwikkeling Massa-Schade(s) (WCAM) en zo nodig het stuiten van de verjaring en het verval van vorderingen en het instellen van rechtsvorderingen op grond van de artikelen 3:305 sub a en 6:240 Burgerlijk Wetboek.”

(ii) Aegon heeft onder de naam Spaarbeleg tussen eind 1997 en eind 2002 het product SprintPlan aangeboden. SprintPlan is een product waarbij – samengevat – aan de deelnemer bij wijze van kredietverlening een bepaald bedrag beschikbaar werd gesteld waarover hij maandelijks een vaste rente diende te betalen. Met dit bedrag werden participaties aangekocht in het Aegon Garantiefonds (hierna: het Garantiefonds). In het Garantiefonds werd belegd in effecten. Aan het eind van de looptijd van het SprintPlan werd de waarde van de participaties berekend en werden die participaties tegen die waarde verkocht. De verkoopopbrengst werd benut voor de terugbetaling van het door Aegon beschikbaar gestelde bedrag. Het bedrag dat daarna resteerde werd aan de deelnemer uitgekeerd. Het SprintPlan kende een vooraf overeengekomen garantiewaarde. Met deze garantiewaarde garandeerde Aegon dat de opbrengst van de verkoop van de beleggingen toereikend was om het krediet te kunnen aflossen, tenzij sprake was van de bijzondere omstandigheid dat (i) de deelnemer de overeenkomst tussentijds, vóór voor de overeengekomen einddatum (zoals vermeld in het toegezonden certificaat) opzegde of (ii) de deelnemer tijdens de looptijd van de overeenkomst eenmalig het belegde be-

drag en, als gevolg daarvan de maandelijks te betalen rente verlaagde.

Eerdere collectieve procedures SprintPlan

(iii) De Stichting Gedupeerden Spaarconstructie (hierna: GeSp) en de Vereniging Consument & Geldzaken (hierna: VCG) hebben reeds collectieve procedures gevoerd tegen Aegon over het SprintPlan (hierna: de GeSp-procedure en de VCG-procedure).

(iv) De Hoge Raad heeft in de door GeSp aanhangig gemaakte collectieve procedure bij arrest van 5 juni 2009 («JOR» 2009/200, m.nt. Lieveerse (Stichting GeSp/Aegon); *red.*), (ECLI:NL:2009:BH2822) – tegelijk met twee andere effectenlease-uitspraken tegen Dexia en Levob (hierna: de effectenlease-uitspraken) – in cassatie het beroep van Aegon tegen het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 15 november 2007 («JOR» 2008/13; *red.*), (ECLI:NL:GHAMS:2007:BB7971) verworpen. Het gerechtshof Amsterdam heeft in die zaak, kort gezegd, geoordeeld dat Aegon in twee opzichten tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht, namelijk door, kort gezegd, (i) niet te waarschuwen voor het risico van een restschuld en (ii) vóór het aangaan van de overeenkomst geen inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de personen met wie zij een SprintPlan-overeenkomst is aangegaan. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank Utrecht bekrachtigd. Daarin is geoordeeld dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld jegens de personen, die een SprintPlan-overeenkomst hebben gesloten en dientengevolge schade hebben geleden of nog zullen lijden.

(v) Het gerechtshof Amsterdam heeft in zijn arresten van 1 december 2009 (ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4981, BK4982, en BK4983) de zogenaamde hof formule ontwikkeld. Kort gezegd houdt deze hof formule in dat wordt beoordeeld of het aangaan van de overeenkomst financieel verantwoord was: indien sprake was van een onaanvaardbaar zware financiële last dient de aanbieder twee derde van de betaalde inleg terug te betalen. Indien geen sprake was van een onaanvaardbaar zware financiële last is de schadevergoedingsverplichting van de aanbieder beperkt tot twee derde van de restschuld. In zijn arrest van 29 april 2011 («JOR» 2011/227; *red.*), (ECLI:NL:HR:2011:BP4003) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het gerechtshof Amsterdam daar-

mee een juiste toepassing heeft gegeven aan de in de arresten van 5 juni 2009 bedoelde maatstaven. (vi) GeSp heeft in 2012 herroeping van het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 15 november 2007 gevorderd omdat volgens GeSp (i) de geleende gelden niet daadwerkelijk volledig zijn gestort in het Garantiefonds en (ii) voor zover de gelden wel (deels) zijn gestort, deze gelden niet daadwerkelijk volledig voor rekening en risico van de deelnemers zijn belegd. Het gerechtshof Amsterdam heeft de vorderingen van GeSp tot herroeping bij arrest van 1 maart 2016 afgewezen (ECLI:NL:GHAMS:2016:702).

(vii) De door VCG aanhangig gemaakte collectieve procedure heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 29 januari 2016 (ECLI:NL:HR:2016:157). De Hoge Raad heeft het cassatieberoep van VCG op grond van artikel 80a RO) niet ontvankelijk verklaard. Het hof heeft in die zaak in zijn tussenarrest van 7 mei 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9564) Aegon om een nadere toelichting verzocht over hoe Aegon het SprintPlan heeft ingevuld en uitgevoerd. Het hof achtte een nadere toelichting noodzakelijk teneinde een oordeel te kunnen geven over de stelling van VCG dat – kort gezegd – Aegon in strijd met de op haar rustende zorgplicht heeft gehandeld doordat zij afnemers overbodig krediet heeft verstrekt, daarop overbodige rente heeft laten betalen en de afnemers bij het aangaan van de SprintPlan-overeenkomsten onvoldoende over dit alles heeft geïnformeerd. Nadat Aegon twee rapporten had overgelegd en nog een tussenarrest was geweest, heeft het hof in het eindarrest van 7 april 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:1229) geoordeeld dat VCG heeft nagelaten haar stellingen die, kort gezegd, zagen op de kostenstructuur en de beleggingsrisico's van SprintPlan, (nader) concreet en cijfermatig toe te lichten aan de hand van de aard en omvang van de beleggingen, zoals die blijken uit de door Aegon overgelegde stukken en de bedragen die Aegon stelt daarvoor te hebben betaald. De stellingen van VCG faalden daarom. Het gerechtshof heeft voorts geoordeeld dat Aegon, kort gezegd, haar zorgplicht heeft geschonden door niet te waarschuwen voor het restitutie-risico dat optrad bij tussentijdse beëindiging van het SprintPlan of indien de deelnemer de belegging tussentijds verlaagde door verkoop van participaties. Het hof oordeelde verder dat Aegon haar zorgplicht had geschonden door geen inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermo-

genspositie van de aspirant-deelnemers. Het hof heeft op deze grond geoordeeld dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld jegens de personen die met Aegon een SprintPlan-overeenkomst hebben gesloten en dientengevolge schade hebben geleden of nog zullen lijden.

(viii) VCG heeft herroeping gevorderd van de hiervoor onder (vii) genoemde arresten van het gerechtshof Amsterdam. VCG heeft daartoe aangevoerd dat Aegon in strijd met de waarheid heeft gesteld dat bij SprintPlan mede is belegd in “echte” obligaties, terwijl uit de herroepingsprocedure die heeft geleid tot het hiervoor onder (vi) genoemde arrest van 1 maart 2016 is gebleken dat SprintPlan nimmer heeft belegd in andere beleggingen dan de derivaten “over de counter” opties en derhalve niet in echte (nulcoupon) obligaties of andere vastrentende waarden. Het gerechtshof Amsterdam heeft na tussenarrest van 7 februari 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:381) bij arrest van 16 oktober 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:3776) de vordering van VCG tot herroeping afgewezen.

Het geding in de eerste aanleg

3. PAL heeft in de eerste aanleg gevorderd dat de rechtbank bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad voor recht verklaart dat:

- I. Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers;
- II. Aegon de deelnemers niet, althans onvoldoende heeft voorgelicht over de aard, eigenschappen en werking van het SprintPlan, in het bijzonder de wijze waarop de verstrekte lening werd belegd en tegen welke condities;
- III. Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers door onnodig hoge leningen te verstrekken en/of de deelnemers niet te informeren over de onnodig hoge leningen;
- IV. Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers door een belangentegenstelling te creëren en/of deze belangentegenstelling niet mee te delen en/of de belangen van Aegon voor de belangen van de deelnemers te stellen;
- V. Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers door de opbrengsten van het verkregen onderpand niet aan de deelnemers toe te doen komen;

VI. Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers door bij de SprintPlannen die zij in 1998 en 1999 heeft verkocht beheerskosten in te houden zonder contractuele grondslag en/of zonder dat zij de deelnemers daarover heeft geïnformeerd;

VII. Aegon geen zaken mocht doen met een tussenpersoon en/of cliëntenremisier die zonder vergunning ex artikel 7 Wte (oud) over de SprintPlannen adviseerde;

VIII. Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers indien zij zaken deed met tussenpersonen en/of een cliëntenremisier die in strijd met artikel 7 Wte (oud) de SprintPlannen adviseerde aan de deelnemers;

IX. Aegon te veroordelen in de (na)kosten met rente.

4. PAL heeft, kort gezegd, het volgende aan haar vorderingen ten grondslag gelegd. SprintPlan kent een onnodig dure constructie: slechts 20% van het aan de deelnemer geleende bedrag wordt gebruikt voor een belegging in opties op indices. De overige 80% wordt belegd in obligaties die fors minder opbrengen (namelijk 4,56%) dan de rente die over de lening wordt betaald (8%). De garantie die aldus is ingebouwd is duurder dan het totale verlies dat kon worden geleden als geen garantie was ingebouwd. Aegon heeft SprintPlan zo geconstrueerd dat aan de deelnemers zo lang mogelijk een hoge, overbodige lening wordt verstrekt, enkel en alleen om ten voordele van Aegon (rente) inkomsten te generen. Aegon heeft een belangen tegenstelling gecreëerd en de afnemers ten onrechte niet voorgelicht over deze constructie. Pas in de VCG-procedure is aan het licht gekomen dat slechts met 20% van het geleende bedrag werd belegd in opties en dat 80% werd belegd in laagrentende obligaties (hierna: het 80%-20% kenmerk). Dit dient volgens PAL te leiden tot aanpassing van de hiervoor genoemde hof formule. Aegon dient een groter deel van de schade te dragen. Dit is met name het geval indien sprake is van een verantwoord zware financiële last waarbij Aegon in het geheel geen schade vergoedt. Verder heeft Aegon rendement behaald op onderpand dat zij voor de deelnemers heeft gesteld (bedoeld is, verkregen, hof). Dit rendement moet ten goede komen aan de deelnemers. Daarnaast heeft Aegon onrechtmatig gehandeld door zaken te doen met tussenpersonen die SprintPlan hebben geadvi-

seerd zonder over de vereiste vergunning te beschikken. Tot slot heeft Aegon volgens PAL beheerskosten ingehouden zonder dat daarvoor een contractuele grondslag bestond.

5. Aegon heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij heeft zich allereerst op het standpunt gesteld dat PAL niet ontvankelijk is in haar vorderingen. PAL heeft volgens Aegon geen rechtens te respecteren belang bij het aan de orde stellen van haar klachten in een collectieve actie. GeSp en VCG hebben al twee collectieve acties gevoerd over het SprintPlan. PAL heeft volgens Aegon niet aangetoond dat zij een achterban heeft die belang heeft bij nog een collectief oordeel. Het voeren van een collectieve actie is dus niet langer een effectieve en efficiënte rechtsgang. Verder is aangevoerd dat PAL niet voldoet aan de eisen die aan een claimstichting worden gesteld. PAL voldoet niet aan de Claimcode. Daarnaast is het volgens Aegon in feite Consumentencclaim B.V. die de claim behandelt en niet PAL, en is PAL niet transparant over het commerciële belang van Consumentencclaim. De verwijten die ten grondslag liggen aan de vorderingen I tot en met IV zijn reeds beoordeeld in (vooral) de collectieve actie van VCG. PAL beroept zich in deze collectieve procedure niet op nieuwe feiten en heeft dus geen belang bij een nieuwe beoordeling van deze verwijten. De vorderingen V tot en met VIII, waaraan nieuwe feiten ten grondslag zijn gelegd, zijn verjaard. Tot slot is aangevoerd dat de stellingen van PAL ook inhoudelijk niet opgaan.

6. De rechtbank heeft het primaire verweer van Aegon gehonoreerd en PAL om de in r.o. 4.35. (*slotsom*) genoemde redenen niet ontvankelijk verklaard in haar vorderingen.

Beoordeling van het hoger beroep:

7. In de memorie van grieven, tevens akte vermeerdering (grondslag) van eis wordt, kort gezegd, gevorderd, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis te vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de onder I tot en met X in de memorie van grieven genoemde vorderingen toe te wijzen.

De onder I tot en met IX genoemde vorderingen zijn gelijk aan de bij de rechtbank onder I tot en met IX ingestelde vorderingen, zoals hiervoor in r.o. 3 weergegeven, met dien verstande dat in de memorie van grieven:

– aan de vordering onder VI is toegevoegd de vordering om primair, voor recht te verklaren dat

“de inhoudingen voor de beheerskosten voor de in 1998 en 1999 afgesloten sprintplanovereenkomsten onverschuldigd zijn betaald door (bedoeld zal zijn, ‘aan’, hof) Aegon”;

– aan de vordering onder VIII aan het slot is toegevoegd: “en/of orders doorgaf zonder vergunning ex artikel 7Wte en/of bemiddelde zonder vergunning ex artikel 7 Wte”.

– in de vordering onder IX ook de proceskosten in hoger beroep worden gevorderd.

Verder is er een Vordering X toegevoegd, die luidt: “Aegon te veroordelen tot terugbetaling van al hetgeen PAL aan Aegon heeft betaald uit hoofde van het vonnis in eerste aanleg, te vermeerderen met wettelijke rente van de dag van betaling tot aan de dag der algehele betaling, dan wel een door uw hof in goede justitie te bepalen datum”.

8. Aegon heeft in de memorie van antwoord, kort gezegd, verzocht, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis te bekrachtigen met veroordeling van PAL in de proceskosten in de eerste aanleg en het hoger beroep, inclusief nakosten.

9. Grief 1 strekt tot betoog dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat PAL onvoldoende belang heeft bij het voeren van deze artikel 3:305a BW procedure. Deze grief bevat de hierna te bespreken klachten.

10. Het hof stelt voorop dat de rechtbank in r.o. 4.4. tot en met 4.8. van het eindvonnis de wetgeschiedenis en het doel en de strekking van artikel 3:305a BW heeft weergegeven. Hiertegen zijn (te recht) geen grieven gericht. Het hof zal de grieven tegen deze achtergrond beoordelen.

11. Met grief 1 betoogt PAL dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat onvoldoende belang heeft bij het voeren van de onderhavige artikel 3:305a BW procedure.

12. In de toelichting op deze grief heeft PAL onder meer aangevoerd dat zij aan de eisen heeft voldaan die de wetgever bij een collectieve procedure verlangt van een belangenbehartiger. PAL voert aan dat zij duidelijk heeft aangegeven dat zij de belangen behartigt van alle afnemers (consumenten) die in de periode van eind 1997 tot en met eind 2002 een SprintPlan hebben afgesloten. Zij verwijst daarbij naar randnummer 8 van de dagvaarding. Het aantal SprintPlan deelnemers bedraagt ongeveer 120.000 (comparitieaantekeningen, nr. 54). Dit aantal is door Aegon bevestigd op de comparitie zitting bij de rechtbank op 6 april 2017. Volgens PAL heeft zij hiermee nauwkeurig omschreven voor wie zij optreedt. Meer concreet

heeft zij nog aangegeven dat voor deze specifieke actie tegen Aegon omtrent het SprintPlan zich ruim 4.800 deelnemers hebben gemeld (comparitieaantekeningen, nr. 25). Tot slot heeft PAL er nog op gewezen dat ook de ongeveer 13.000 leden van VCG deze procedure ondersteunen, zoals blijkt uit het voegingsverzoek van VCG in de eerste aanleg (comparitieaantekeningen, nr. 26). Nu PAL optreedt voor alle SprintPlan gedupeerden en VCG, die optreedt namens de bij haar aangesloten personen, expliciet heeft aangegeven dat zij de procedure van PAL onvoorwaardelijk onderschrijft, is volgens PAL onbegrijpelijk dat de rechtbank toch heeft overwogen dat niet is gebleken dat PAL voldoende belang heeft. Dat Aegon, overigens zonder enige concrete onderbouwing, betwist dat zich 4.800 mensen bij PAL hebben aangesloten maakt dit volgens PAL niet anders. PAL merkt in dit verband nog op dat zij er bij de comparitiezitting op heeft gewezen dat zij niet gehouden is de namen van haar achterban prijs te geven. Zij verwijst ter ondersteuning van dit standpunt naar een uitspraak van de Hoge Raad van 7 november 1997 (NJ 1998, 268). PAL heeft in dit hoger beroep naar een weg gezocht om met inachtneming van de privacy van haar deelnemers toch (nader) bewijs te leveren. Inmiddels hebben zich 5.710 personen aangemeld. Dit wordt bevestigd in het rapport van de (met behulp van ConsumentenClaim) ingeschakelde accountant (MvGr., productie 25)

13. Aegon heeft in de memorie van antwoord (hoofdstuk 3) aangevoerd dat PAL geen collectieve belangenbehartiger is. Zij heeft in de eerste plaats betwist dat PAL daadwerkelijk beschikt over een achterban die belang heeft bij deze procedure. Bovendien voldoet PAL volgens Aegon niet aan de eisen die aan een collectieve belangenbehartiger worden gesteld. Deze procedure wordt volgens Aegon in werkelijkheid niet door PAL maar door ConsumentenClaim gevoerd. Deze commerciële belangenbehartiger voldoet evident niet aan deze eisen. Zowel PAL als ConsumentenClaim zijn onvoldoende geëquipeerd om op te treden als belangenbehartiger in de zin van artikel 3:305a BW. Deze tekortkomingen kunnen niet worden weggenomen door elementen van ConsumentenClaim en PAL simpelweg te combineren, zoals de rechtbank volgens Aegon lijkt te hebben gedaan.

Aegon heeft deze standpunten in hoofdstuk 3 van de memorie van antwoord toegelicht in de paragrafen:

- A. Geen achterban
- B. Deze procedure wordt gevoerd door ConsumentenClaim
- C. Collectieve belangen onder PAL onvoldoende gewaarborgd
 - (a) PAL handelt in strijd met Claimcode
 - (b) Commerciële inmenging ConsumentenClaim
 - (c) Geen transparantie
- D. Eisen van goede procesorde

A. Geen achterban

14. Aegon heeft ter nadere toelichting van haar standpunt dat PAL niet daadwerkelijk beschikt over een achterban die belang heeft bij de beantwoording van de rechtsvragen die in deze collectieve procedure worden voorgelegd, aangevoerd dat PAL de realiteit miskent. Er is geen sprake van maatschappelijke ophef noch van duizenden gedupeerden die nog steeds hun recht proberen te halen. Dat is volgens Aegon ook weinig verwonderlijk omdat de vorderingen van de deelnemers aan het SprintPlan in beginsel zijn verjaard, de klachten van deze deelnemers al geruime tijd volgens een duidelijke methodiek worden afgehandeld en er al twee keer collectief tot de hoogste instantie is geprocedeerd over het SprintPlan waarbij de voor de deelnemers relevante vragen zijn beantwoord. Volgens Aegon levert het door PAL als productie 25 overgelegde assurance-rapport geen bewijs op van de stelling dat zich 5.710 belanghebbenden bij PAL hebben aangemeld ten behoeve van deze procedure. Uit het rapport – en uit de stellingen van PAL – blijkt niet welke feitelijke situaties zich bij de aangemelde personen voordoen en welk belang zij bij de vorderingen kunnen hebben. Aegon heeft tot slot aangevoerd dat voor zover PAL wil betogen dat met het enkele feit dat VCG haar collectieve procedure steunt haar belang bij deze procedure is gegeven, dit betoog niet opgaat.

15. Het hof volgt PAL in haar standpunt dat zij niet verplicht is om een lijst over te leggen waaruit Aegon precies kan opmaken ten aanzien van wie zij zich heeft te verdedigen. Deze verplichting past niet bij het wezen van een collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a BW waarin het geding door de stichting of vereniging die de vordering instelt op eigen naam wordt gevoerd ter behartiging van gelijksoortige belangen van andere per-

sonen. PAL treedt niet op als procesvertegenwoordigster van of namens deze anderen. Dat (een deel van) de deelnemers aan het SprintPlan gelijksoortige belangen hebben, heeft Aegon niet betwist. Wel heeft Aegon gesteld dat – naar het hof begrijpt – de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende zijn gewaarborgd (als bedoeld in het tweede lid, laatste volzin van artikel 3:305a BW) omdat PAL niet of nauwelijks over een relevante achterban beschikt. Naar het oordeel van het hof heeft Aegon deze stelling onvoldoende onderbouwd. Het hof betreft hierbij onder meer dat PAL het bestaan van een achterban heeft toegelicht met het als 25 productie bij memorie van grieven overgelegde “assurance-rapport van de onafhankelijk accountant” van 4 april 2018, ondertekend door drs. G.A. van der Waal RA, waarin een oordeel is gegeven over de “Opgaaf aanmeldingen SprintPlan-zaken inzake collectieve procedure van Stichting Platform Aandelenlease”. Deze opgaaf luidt als volgt:

“Per 13 maart 2018 hebben wij 5.710 aanmeldingen SprintPlan-zaken betreffende de collectieve procedure van Stichting Platform AandelenLease (PAL)”

De conclusie van het rapport luidt:

“Naar ons oordeel geeft de opgave de gegevens over het aantal aanmeldingen van Sprintplan-zaken per 13 maart 2018 in alle van materieel belang zijnde aspecten juist weer”.

Naar het oordeel van het hof blijkt uit dit rapport dat er op 13 maart 2018 5.710 aanmeldingen waren voor deze collectieve procedure over het SprintPlan. Dat de opgave en het daarover uitgebrachte rapport niet de in de memorie van antwoord onder randnummer 3.7 (i) tot en met (viii) genoemde (individuele) feiten en omstandigheden bevatten met betrekking tot de deelnemers die zich hebben aangemeld doet aan de betrouwbaarheid van dit rapport voor het doel waarvoor het in deze collectieve procedure is afgegeven niet af.

B. Deze procedure wordt gevoerd door ConsumentenClaim

16. Aegon heeft er op gewezen dat zij ook in de eerste aanleg heeft aangevoerd dat feitelijk ConsumentenClaim deze collectieve actie voert, omdat ConsumentenClaim de achterban werft, de procedure financiert, de administratieve afhande-

ling van de procedure regelt en uiteindelijk een eventuele opbrengst zal opstrijken.

17. De rechtbank heeft deze stellingen verworpen. Zij heeft in r.o. 4.12 geoordeeld dat niet tot de conclusie gekomen kan worden dat de rol van PAL illusoir is en dat sprake is van een door PAL en ConsumentenClaim opgetuigde constructie om de wet te omzeilen.

18. Volgens Aegon is dit oordeel onjuist en is de rol van PAL wel degelijk illusoir. PAL is enkel betrokken om de beperking te omzeilen dat alleen een vereniging of stichting met volledige rechtsbevoegdheid een collectieve actie kan voeren. Met deze regeling is volgens Aegon bedoeld de vercommercialisering van het voeren van dit soort procedures te voorkomen. Omdat in deze procedure feitelijk niet een stichting of een vereniging, maar een besloten vennootschap de rechtsvoordelingen heeft ingesteld die strekken tot bescherming van de belangen van andere personen, moet PAL niet ontvankelijk worden verklaard.

19. Het hof verwerpt dit verweer en verenigt zich met het hiervoor genoemde oordeel van de rechtbank. De rechtbank heeft in r.o. 4.10 vastgesteld dat niet in geschil is dat PAL ruim tien jaar geleden is opgericht, dat zij volgens haar statuten de belangen behartigt van mensen die aandelenlease-overeenkomsten hebben gesloten en stellen schade te hebben geleden als gevolg van het handelen of nalaten van Aegon, dat zij heeft deelgenomen aan juridische procedures over aandelenleaseproducten van DSB Bank en Dexia en dat zij betrokken is geweest bij de schikking met de curatoren van DSB Bank en het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van die regeling. PAL heeft in het verleden concrete resultaten bereikt ten gunste van aandelenlease-geduceerden en zij heeft in zoverre haar eigen doelstellingen weten te realiseren. PAL heeft haar betrokkenheid bij de DSB zaak en de algemeen verbindend verklaring van de zogeheten Duisenberg regeling (in de Dexia zaak) in randnummer 22 tot en met 32 van de memorie van grieven (nader) toegelicht. Naar het oordeel van het hof zijn dit voldoende aanwijzingen dat de rol van PAL in deze collectieve procedure niet illusoir is. De door Aegon in dit hoger beroep herhaalde stellingen en standpunten over de betrokkenheid van ConsumentenClaim bij deze collectieve procedure werpen geen ander licht op deze zaak. Dit geldt ook voor de bij gebrek aan wetenschap geuite (en in het geheel niet onderbouwde) betwisting van Aegon in

randnummer 3.35 van de memorie van antwoord van hiervoor genoemde betrokkenheid van PAL bij, kort gezegd, de DSB zaak en de algemeen verbindend verklaring van de Duisenberg regeling.

Tussenconclusie

20. Hiermee is komen vast te staan dat deze collectieve procedure door PAL wordt gevoerd en dat niet is gebleken dat PAL niet over een relevante achterban beschikt. Dit betekent dat dit onderdeel van grief 1 slaagt. Ten aanzien van de overige in hoofdstuk 3 van de memorie van antwoord aangevoerde verweren overweegt het hof als volgt.

C. Collectieve belangen onder PAL (ook overigens) onvoldoende gewaarborgd.

(a) PAL handelt in strijd met de Claimcode

(b) Commerciële inmenging ConsumentenClaim

(c) Geen transparantie

21. Aegon voert in randnummer 3.26 van de memorie van antwoord aan dat PAL dient aan te tonen dat ondanks het risico van de inmenging van de grote commerciële belangen van ConsumentenClaim de belangen van de deelnemers aan het SprintPan voldoende gewaarborgd zijn. Anders dan de rechtbank in r.o. 4.14 oordeelde is daarvan volgens Aegon geen sprake.

22. Voor zover Aegon met deze stelling een zelfstandig verweer heeft willen voeren gaat het hof hier als onvoldoende gepreciseerd aan voorbij.

23. Aegon heeft voorts meer concreet aangevoerd dat de rechtbank heeft vastgesteld dat PAL een claimstichting is waarop de Claimcode van toepassing is en dat PAL niet aan de Claimcode voldoet. De rechtbank meent dat het niet voldoen aan de Claimcode geen afbreuk doet aan de geloofwaardigheid van PAL. Dit zou naar het oordeel van de rechtbank in de gegeven omstandigheden niet tot niet ontvankelijkheid behoeven leiden. Aegon kan zich met dit oordeel niet verenigen.

24. Het hof volgt Aegon niet in haar (in dit hoger beroep herhaalde) bezwaren ten aanzien van dit oordeel van de rechtbank.

25. Het hof verenigt zich met het oordeel van de rechtbank dat het feit dat PAL niet aan de Claimcode voldoet niet zonder meer betekent dat de belangen van de bij PAL aangesloten deelnemers aan het SprintPlan onvoldoende zijn gewaarborgd en dat PAL op die grond niet ontvankelijk verklaard moet worden.

26. Naar het oordeel van het hof zijn (ook in dit hoger beroep) geen (concrete) feiten en omstandigheden gebleken die tot het oordeel moeten leiden dat met deze collectieve rechtsvorderingen van PAL de belangen van de personen ten behoeve van wie deze vorderingen zijn ingesteld in materiële zin onvoldoende zijn gewaarborgd.

27. De rechtbank heeft bij haar hier bestreden oordeel terecht in aanmerking genomen dat PAL geen winsttoegmerk heeft, zij transparantie betracht ten aanzien van de rol van ConsumentenClaim, en de betrokkenheid van die rechtspersoon bij deze zaak op zichzelf niet ontoelaatbaar moet worden geacht. Het hof verwijst in dit verband naar producties 21 (akte uitlating producties, tevens akte overlegging producties). Voor zover Aegon wil betogen dat de belangen onvoldoende zijn gewaarborgd (en er sprake is van een onzuiver commercieel motief) omdat ConsumentenClaim op *no cure no pay* basis opereert en bij recht op betaling de deelnemers 20% van het van Aegon te ontvangen bedrag aan ConsumentenClaim moeten afdragen, volgt het hof Aegon niet in dit betoog. Niet is gebleken dat deze vergoeding (buitensporig) hoog is. Het rekenvoorbeeld van Aegon in randnummer 3.42 van de memorie van antwoord houdt bijvoorbeeld geen rekening met de goede en kwade kansen in de procedure en bovendien zijn in deze procedure uitsluitend verklaringen voor recht gevorderd. Het hof tekent tot slot aan dat PAL bij pleidooi heeft toegelicht dat zij tegenwoordig op haar website een verantwoordingsdocument heeft staan waarin zij toelicht hoe zij de Claimcode nakomt en waarom zij op bepaalde punten van de Claimcode afwijkt. De tekst van dit verantwoordingsdocument is als productie 30 overgelegd. Het hof overweegt dat dit aansluit bij het door Aegon in randnummer 3.30 van de memorie van antwoord genoemde principe: “pas toe of leg uit”. Het hof overweegt tot slot dat de stelling dat er geen transparantie is over de afspraken tussen PAL en ConsumentenClaim over de in randnummer 3.45 van de memorie van antwoord genoemde onderwerpen niet betekent dat de belangen van de deelnemers onvoldoende zijn gewaarborgd. Dat dit anders ligt vindt geen steun in de stukken.

D. Eisen van goede procesorde

28. Aegon voert tot slot aan dat ook de eisen van een goede procesorde meebrengen dat PAL niet-ontvankelijk verklaard dient te worden.

29. Volgens Aegon heeft de wetgever niet voorgestaan dat een claimorganisatie gedurende vijftien jaar twee andere collectieve claims afwacht voordat zij zelf (dezelfde) vorderingen instelt. Deze gang van zaken druist volgens Aegon in tegen het idee van een efficiënte en effectieve geschillenbeslechting ten aanzien van een geschil dat juist (na vijftien jaar) op zijn einde loopt.

30. Het hof verwerpt dit verweer. Voor zover Aegon wil betogen dat PAL geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij de gebruikmaking van haar procesbevoegdheid gaat dit betoog niet op. De enkele verwijzing naar het tijdsverloop is daartoe onvoldoende. Dat ook in de GeSp- en VCG-procedures reeds diverse collectieve vorderingen tegen Aegon zijn ingesteld met betrekking tot het SprintPlan betekent niet dat PAL misbruik maakt van haar procesbevoegdheid door de in deze zaak aangevoerde nieuwe feitelijke stellingen en de daarop gegronde rechtsvorderingen ter beslissing aan de rechter voor te leggen. Voor zover er met betrekking tot de vorderingen I tot en met IV raakvlakken zijn met (met name) de VGG-procedure zal het hof dit in zijn beoordeling van deze individuele vorderingen betrekken.

31. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat is komen vast te staan dat PAL beschikt over een voldoende belang om een collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a BW te kunnen voeren. Grief 1 treft in zoverre doel. De hiervoor onder C en D genoemde (formele) verweren van Aegon gaan niet op. Voor zover nodig zal het hof hieronder (bij de bespreking van hetgeen verder nog door Aegon wordt aangevoerd) nader ingaan op de overige stellingen en standpunten van PAL in de toelichting op grief 1.

Verjaring

32. Grief 2 richt zich tegen de rechtsoverwegingen 4.27 tot en met 4.34 van het vonnis. Volgens deze grief heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat alle vorderingen van de deelnemers zijn verjaard en is dit onjuiste oordeel ten onrechte (mede) ten grondslag gelegd aan de niet-ontvankelijk verklaring van PAL. De rechtbank heeft volgens PAL ten onrechte geoordeeld dat (a) de verjaringstermijn in alle gevallen in 2007 na expiratie van de laatste SprintPlan-overeenkomst is aangevangen, (b) niet is gebleken dat PAL kan meeliften op de collectieve stuiting van de eerder gevoerde procedures en (c) PAL in ieder geval had

moeten onderbouwen voor wie zij concreet optrad.

33. In de toelichting op grief 2 heeft PAL ten eerste betwist dat de verjaringstermijn voor alle individuele vorderingen (uiterlijk) is aangevangen na expiratie van de laatste SprintPlan overeenkomst in 2007. Volgens PAL miskent de rechtbank dat bij de vraag of de verjaringstermijn is aangevangen een subjectieve toets moet worden aangelegd. Bij de vraag of de afnemers van de SprintPlannen bekend waren met de schade en de schadeveroorzakende partij is volgens PAL van belang dat, zoals Aegon zelf steeds benadrukt, bij het SprintPlan, anders dan bij andere aandelenleaseproducten van andere aanbieders (vooral Dexia), (in het algemeen) geen restschuld werd overgehouden op de einddatum. Bij de expiratedatum vermeldde Aegon uitsluitend dat de negatieve beursontwikkelingen tot gevolg had dat er geen einduitkering resteerde. Ter onderbouwing van dit standpunt heeft PAL als productie 27 een brief overgelegd van Aegon aan een deelnemer van het SprintPlan. Op die mededeling mochten de afnemers vertrouwen. Aegon is de bij uitstek deskundige en professionele partij. De afnemers behoefden er niet mee bekend te zijn dat zij schade hadden geleden doordat Aegon onrechtmatig had gehandeld. PAL verwijst hierbij naar het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BX7195).

34. Aegon heeft dit standpunt van PAL in hoofdstuk 4 van de memorie van antwoord betwist. Zij heeft aangevoerd dat de vermeende schade bij het SprintPlan er (in het algemeen) uitsluitend uit zou kunnen bestaan dat de beleggingen van het Garantiefonds geen positief rendement hebben opgeleverd waardoor de inleg niet is terugverdiend en geen winst is gemaakt. De eerste SprintPlannen liepen af in 2002 en de laatste in 2007. Op het expiratie moment was voor de deelnemer duidelijk hoeveel hij had geïnvesteerd in het SprintPlan en wat het hem had opgeleverd. Met de schade bestaande uit het niet verkrijgen van een resultaat zijn alle deelnemers bij de expiratie van hun SprintPlan bekend geweest en die vorderingen zijn in beginsel vijf jaar na dat expiratiemoment verjaard. PAL miskent volgens Aegon dat het mogelijk is dat een schuldeiser eerder bekend is met de schade dan dat hij weet dat die door een onrechtmatige daad is ontstaan. Volgens Aegon gaat het beroep van PAL op het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 niet op. Bij de

in die zaak aan de orde zijnde klachtplicht wordt voor de aanvang van de termijn waarbinnen moet worden geklaagd niet gekeken naar de vraag of de klager bekend was of had moeten zijn met de schade, maar of hij bekend was met het *gebrek in de prestatie*. Dat men vanaf de expiratedatum in staat was een rechtsvordering in te stellen en bekend was met de vermeende schade blijkt ook uit het feit dat in 2003 al procedures door GeSp en VCG zijn gestart en er rond het expiratiemoment ook tientallen individuele procedures zijn gestart. 35. Het hof overweegt als volgt. Artikel 3:310 lid 1 BW bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaar na aanvang van de dag waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is. Naar het oordeel van het hof betekent het enkele feit dat het SprintPlan op de einddatum werd afgesloten zonder uitkering niet dat (alle individuele) deelnemers vanaf dat moment voldoende zekerheid hadden verkregen dat er sprake was van schade die was veroorzaakt door tekortschieten en/of onrechtmatig handelen van Aegon. Niet weersproken is dat Aegon deelnemers die bij beëindiging van het SprintPlan geen uitkering onder het SprintPlan ontvingen, heeft medegedeeld dat dit het gevolg was van de negatieve ontwikkelingen van de afgelopen periode op de beurs. Dat deze mededeling werd gedaan blijkt ook uit de als productie 27 overgelegde brief. Zoals PAL terecht heeft aangevoerd mochten de individuele deelnemers aan het SprintPlan (in de gegeven omstandigheden) vertrouwen op de juistheid van de mededeling van Aegon dat het niet verkrijgen van een uitkering op de einddatum van het SprintPlan was gelegen in (voor hun risico komende) negatieve ontwikkelingen op de beurs, en niet in tekortschieten of foutief handelen van Aegon. Dit geldt temeer daar het hier gaat om een (in beginsel zonder restschuld eindigend) complex garantieproduct, zoals blijkt uit de VCG-procedure. Voor zover Aegon wil betogen dat de individuele deelnemers bij het einde van het SprintPlan een onderzoeksplicht hebben geschonden gaat dit betoog niet op. Dat GeSp en VCG eerder collectieve procedures over het SprintPlan hebben gevoerd en er volgens Aegon ook een aantal (niet nader genoemde) individuele procedures zijn gevoerd, doet aan het voorgaande oordeel niet af.

36. Uit het voorgaande volgt dat de klacht tegen het oordeel van de rechtbank dat de verjaringster-

mijn voor alle deelnemers aan het SprintPlan uiterlijk in 2007 is gaan lopen slaagt. Dit betekent, zoals PAL terecht heeft aangevoerd, dat de rechtbank niet had kunnen overwegen dat PAL niet ontvankelijk is omdat Aegon een geslaagd beroep op verjaring zou kunnen doen in alle procedures tussen Aegon en individuele deelnemers. Grief 2 treft op dit punt doel.

37. Het hof komt nu toe aan de bespreking van de in r.o. 7 genoemde vorderingen van PAL. Hierbij zal tevens (voor zover nodig) worden betrokken of het bij deze vorderingen gaat om gelijksoortige belangen die zich lenen voor bundeling ter wille van een effectieve rechtsbescherming van belanghebbenden, als bedoeld in artikel 3:305a BW

I. Verklaring voor recht dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers.

38. Deze vordering is onvoldoende gepreciseerd en behoeft – gezien de overige vorderingen die hieronder worden besproken – geen zelfstandige bespreking.

II. Verklaring voor recht dat Aegon de deelnemers niet, althans onvoldoende heeft voorgelicht over de aard, eigenschappen, en werking van het SprintPlan, in het bijzonder de wijze waarop de verstrekte lening werd belegd en tegen welke condities.

III. Verklaring voor recht dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers door onnodig hoge leningen te verstrekken en/of de deelnemers niet te informeren over de onnodig hoge leningen.

IV. Verklaring voor recht dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers door een belangentegenstelling te creëren en/of deze belangentegenstelling niet mee te delen en/of de belangen van Aegon voor de belangen van de deelnemers te stellen.

39. PAL heeft aan deze vorderingen de in de dagvaarding genoemde stellingen ten grondslag gelegd, zoals kort weergegeven in r.o. 4. Zij heeft er in de memorie van grieven nogmaals op gewezen dat het hierbij niet (uitsluitend) gaat om een ander rekenvoorbeeld, maar om andere feiten, stellingen en onderbouwingen dan in de VCG-procedure zijn aangevoerd. PAL gaat er bij haar verwijten (anders dan in de VCG-procedure) van uit dat Aegon alle gelden heeft belegd, zij het dat dit op een geheel andere wijze is gebeurd dan uit de aan de deelnemers verstrekte informatie volgt. Kern van haar verwijt is dat het SprintPlan een onnodig dure constructie kent. Slechts 20% van

het aan de deelnemers geleende bedrag werd belegd in opties. De overige 80% werd belegd in obligaties die fors minder opbrengen (namelijk 4,56%) dan de rente van 8% die over de lening wordt betaald (het 80%-20% kenmerk). Er is volgens PAL met de belegging van 80% in obligaties een onnodige garantie ingebouwd, die duurder is dan het totale verlies dat kon worden geleden als geen garantie was ingebouwd en er voor was gekozen uitsluitend 20% te lenen voor de belegging in opties. Als de deelnemers enkel in opties hadden belegd en zelf geld opzij zouden hebben gezet om een eventuele restschuld te voldoen, waren zij voordeliger uit geweest. Aegon heeft het SprintPlan zo geconstrueerd dat aan de deelnemers zo lang mogelijk een hoge, overbodige lening werd verstrekt enkel en alleen om ten voordele van Aegon (rente)inkomsten te genereren. Aegon heeft de afnemers ten onrechte (in de contractdocumentatie en het prospectus voor het Garantiefonds) geen informatie verstrekt over de wijze waarop het SprintPlan is gestructureerd. Volgens PAL had Aegon de deelnemers volledig en duidelijk moeten voorlichten over de structurering (feitelijk de kenmerken) van het product en tevens over de daaraan verbonden risico's. Deze verplichting vloeit onder meer voort uit artikel 33 lid 1 sub c NR 1999, artikel 27 lid 2 NR 1995 (naar het hof aanneemt wordt hier bedoeld artikel 27 lid 1 sub b, dat min of meer gelijklopend is aan artikel 33 lid 1 sub c NR 1999) en de in de comparitieaantekeningen (randnummer 30) genoemde bijzondere zorgplicht. Aegon heeft aan deze verplichtingen niet voldaan. Aegon had de deelnemers tevens op de hoogte moeten stellen van de hiervoor onder 4 genoemde belangentegenstelling. Ook dit heeft zij niet gedaan. Hiermee heeft zij in strijd gehandeld met artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden, artikel 25 NR 1999, artikel 33 lid 1 sub e NR 1999 en/of de artikelen 22 en 27 lid 1 sub d NR 1995. Dit dient volgens PAL te leiden tot aanpassing van de hof formule. Gezien de ernst van de door Aegon gemaakte fouten dient zij een groter deel van de schade te dragen, met name in het geval er sprake is van een verantwoord zware financiële last waarbij Aegon in het geheel geen schade vergoedt.

40. Aegon heeft deze stellingen gemotiveerd betwist en daarbij verwezen naar hoofdstuk 5 in haar conclusie van antwoord.

41. Het hof overweegt als volgt. In de VCG-procedure heeft het hof Amsterdam uitvoerig onder-

zoek gedaan naar de vraag hoe Aegon het SprintPlan daadwerkelijk heeft vormgegeven en uitgevoerd. Dit onderzoek heeft plaatsgevonden mede naar aanleiding van het door VCG ingenomen standpunt dat het SprintPlan op grond van in die procedure aangevoerde argumenten onnodig duur is (arrest 7 mei 2013 r.o. 3.34 en 3.35 (ECLI:NL:GHAMS:BZ9564)). Naar aanleiding van vragen van het hof Amsterdam in de VCG procedure heeft Aegon een rapport overgelegd van 3 januari 2012 van PricewaterhouseCoopers Advisory N.V., getiteld "Aegon Bank N.V. Onderzoek SprintPlan". Dit rapport is opgesteld door [naam], RA, partner PWC. (hierna: het PWC rapport), (CvA, productie 10). Verder is overgelegd een rapport van 25 juli 2013, getiteld "Rapport SprintPlan Aegon Bank N.V.". Dit rapport is eveneens opgesteld door [naam], ditmaal in zijn hoedanigheid van partner bij Olivier Wyman en Charco & Dique (hierna: het OW&CD rapport), (CvA, productie 9).

42. In het PWC rapport (blz. 6) is, kort gezegd, als algemene bevinding vastgesteld dat de producten die werden gekocht als fondsbeleggingen zodanig zijn gestructureerd dat de uitkering die zou worden gedaan aan het einde van de vijftiaarslooptijd overeenkwam met de uitkering (garantie, rendement en click) waarop de deelnemers op grond van het prospectus en de voor hen geldende bijzondere bepalingen recht hadden.

43. In het OW&CD rapport is uitgewerkt in hoeverre de kosten van een garantie het positieve rendement beïnvloeden. Vastgesteld is dat het inbouwen van een garantie in een financieel product geld kost. Met deze garantie wordt het neerwaartse risico van de beleggingen en daarmee een restschuld zeer goed afgedekt, hetgeen tevens ten koste gaat van het maximale rendement bij positieve koersontwikkelingen. Dit is volgens het rapport zeer gebruikelijk bij financiële producten. Verder is in het rapport uitgewerkt in hoeverre 8% rentevergoeding markconform is en in hoeverre die zich verhoudt tot een 5 jaars-krediet. Uit de uitgevoerde analyse is gebleken dat het gehanteerde rentepercentage voor het SprintPlan niet noemenswaardig afwijkt van andere alternatieve financieringsbronnen voor beleggingsdoeleinden in dezelfde periode. Ten opzichte van andere vergelijkbare producten die destijds werden verkocht hanteerde het SprintPlan één van de laagste rentes. Tot slot zijn de historische rendementen die zijn gebruikt om de verwachte rendementen uit te

rekenen beoordeeld. De uitgevoerde analyses hebben uitgewezen dat de gepresenteerde verwachtingen niet onredelijk waren (OW&CD rapport, blz. 4., samenvatting, randnummer 3 tot en met 5). De conclusie in het OW&CD rapport (blz. 26) luidt dat indien men wilde beleggen met een grote kans dat tenminste de inleg werd terugverdiend, het SprintPlan een goed functionerend product was. In het berekenen van de verwachte rendementen maakte Aegon gebruik van geaccepteerde aannames op dit vlak. Het SprintPlan was wat betreft de berekende rente aan consumenten niet onnodig duur of inefficiënt. In vergelijking met zowel consumptief krediet als andere effectenlease aanbieders als effectenkrediet was de rente niet onredelijk hoog.

44. Het hof overweegt dat deze rapporten een weerslag zijn van grondig en deskundig uitgevoerde onderzoeken naar de structuur en werking van het SprintPlan. Het hof acht de hiervoor weergegeven conclusies overtuigend gemotiveerd en neemt deze over. Het SprintPlan is, kort gezegd, een goed functionerend garantieproduct. Aegon heeft terecht opgemerkt dat PAL in haar betoog dat een beter resultaat behaald had kunnen worden als uitsluitend 20% in opties was belegd (en geen (onnodig dure) garantie was ingebouwd), het SprintPlan vergelijkt met een geheel andere (door PAL verzonnen) belegging met een ander risicoprofiel. Dit is niet het product dat Aegon heeft aangeboden. Een belegging met geleend geld zonder garantie kan, zoals Aegon terecht heeft aangevoerd, leiden tot een (aanzienlijke) restschuld. Het voordeel van het SprintPlan was dat in een garantie was voorzien. Daardoor was voor alle betrokken partijen op voorhand duidelijk hoeveel een deelnemer op welk moment maximaal zou moeten betalen. De deelnemers liepen dus niet het risico aan het eind van het SprintPlan verplicht te zijn om een (potentieel hoge) restschuld binnen korte termijn te voldoen. De garantiewaarde beschermde de deelnemer tegen dit risico. Het SprintPlan was bedoeld voor mensen die geen risico op een restschuld wensten te lopen en daarom kozen voor een garantieproduct. Dit voorgaande betekent naar het oordeel van het hof dat het door PAL genoemde 80-20% kenmerk niet de conclusie kan dragen dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers door onnodig hoge leningen te verstrekken en/of de deelnemers niet te informeren over de onnodig

hoge leningen. PAL heeft niet in strijd gehandeld met het bepaalde in artikel 33 lid 1 sub c NR1999 of artikel 27 lid 1 sub b NR 1995. Hierop stuit de vordering III af. Datzelfde geldt voor de vordering II. Gelet op het voorafgaande verwerpt het hof de stelling van PAL dat Aegon de deelnemers onvoldoende heeft voorgelicht over de wijze waarop de verstrekte lening werd belegd en tegen welke condities (80-20% kenmerk). Er is in ieder geval onvoldoende aanleiding om te concluderen dat (zoals PAL stelt) Aegon een groter deel van de schade dient te dragen, met name in het geval dat er sprake is van een verantwoord zware last. In zoverre mist PAL belang bij vordering II.

45. In dit licht bezien faalt ook de stelling van PAL dat Aegon, kort gezegd, een onrechtmatige belangenverstremgeling heeft gecreëerd, waarbij zij onder meer een beroep heeft gedaan op artikel 25 NR 1999, artikel 33 lid 1 sub e NR 1999 en/of de artikelen 22 en 27 lid 1 sub d NR 1995. Dit betekent dat ook de vordering IV niet voor toewijzing in aanmerking komt.

Vordering V. Verklaring voor recht dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers door de opbrengsten van het verkregen onderpand niet aan de deelnemers te doen toekomen.

46. PAL heeft in de dagvaarding (randnummer 103 tot en met 114) aangevoerd dat uit de als producties 16 a tot en met j overgelegde jaarverslagen blijkt dat de inleg van de deelnemers werd overgeboekt naar een investment bank en dat daartegenover door de investment bank zekerheid (financieel onderpand) werd verstrekt. Op grond van de jaarverslagen kan worden vastgesteld dat het gestelde onderpand in de periode 1998 tot en met 2007 vermoedelijk bijna zes miljard euro bedraagt, maar in ieder geval ruim vier miljard. Niet duidelijk is waar dit onderpand uit heeft bestaan maar volgens PAL is wel duidelijk dat er rendement is behaald op dit onderpand. Deze rendementen zijn ten onrechte niet ten goede gekomen aan de deelnemers. Volgens PAL heeft Aegon de inkomsten uit het onderpand aan zichzelf toegekend. Zelfs indien Aegon hierover slechts 1% rendement heeft ontvangen, is dit reeds een uitkering van € 60 miljoen. PAL gaat er echter van uit dat het rendement minimaal 3% tot 4% moet hebben bedragen. Het gaat derhalve om hoofdsommen van € 180 miljoen tot € 240 miljoen, dit nog exclusief de rente die Aegon over deze inkomsten heeft verkregen. In de overeenkomst of

de algemene voorwaarden is geen enkele grondslag opgenomen waaruit zou kunnen volgen dat Aegon recht heeft op de inkomsten van het onderpand. Het tegendeel is volgens PAL waar. Zij verwijst daarbij naar artikel 9.3 van de algemene voorwaarden, waar is bepaald dat alle voor- en nadelen verbonden aan de participaties die de Stichting SpaarbelegGiro voor een deelnemer houdt, voor rekening en risico zijn van de betreffende deelnemers. PAL meent dat het onderpand en de inkomsten uit het onderpand rechtstreeks verband houden met, en verbonden zijn aan de participaties in het Garantiefonds (welke participaties met het bedrag van de lening zijn gekocht.) In dit verband wijst PAL op artikel 5 van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. (Richtlijn 93/13EEG) en artikel 6:238 lid 2 BW. Uit deze artikelen volgt dat bij twijfel over de uitleg van een bepaling de voor de consument meest gunstige uitleg heeft te gelden. Het voorgaande levert een onrechtmatig handelen jegens de deelnemers op en/of betekent dat Aegon toerekenbaar tekort is geschoten in de op haar rustende verplichtingen jegens de deelnemers. Op die grond is Aegon aansprakelijk voor de door de deelnemers geleden schade. Aegon dient de inkomsten van het onderpand alsnog geheel ten goede te laten komen aan de deelnemers.

47. Aegon heeft deze stellingen gemotiveerd betwist. Het hof overweegt als volgt.

48. Aegon heeft er in de memorie van antwoord onder D (randnummer 2.27 tot en met 2.34) op gewezen dat zij in de eerste aanleg heeft uiteengezet hoe de verstrekking van het onderpand werkte. Afhankelijk van de waarde van de financiële instrumenten werd kredietrisico gelopen op de investment banks of vice versa. De partij die kredietrisico liep had onder omstandigheden en in overeenstemming met de credit support annex van de relevante ISDA-overeenkomst recht op ontvangst van onderpand. Blijkens de overeenkomsten waarover Aegon nog beschikt (CvA, productie 11) gaat het daarbij om een overdracht van cash of "certified securities". Aegon heeft niet meer kunnen vaststellen of er netto resultaat is geboekt op de onderpandverplichtingen ten aanzien van de financiële instrumenten die het Garantiefonds ten behoeve van het SprintPan heeft aangekocht. Aegon beschikt niet meer over de financiële stukken met betrekking tot onderpand dat in de periode van 21 tot 11 jaar geleden zou zijn gesteld en waarover pas medio 2016 voor het

eerst verwijten zijn gemaakt. Aegon heeft verder nog aangevoerd dat het onderpand zich niet leent voor langere investeringen waarmee rendement kan worden behaald. Bovendien moest de partij die het onderpand ontving een marktconforme rente afdragen. Er is dus volgens Aegon geen reden om aan te nemen dat de ontvanger van het onderpand ondanks deze twee factoren een significant resultaat heeft geboekt door eventuele opbrengsten van het onderpand. Het door PAL geschetste scenario dat Aegon resultaat zou hebben behaald, doordat de investment banks financiële activa overdroegen die meer rente genereerden dan de marktrente die moest worden betaald, wordt betwist. Dit scenario is volgens Aegon niet alleen puur speculatief maar ook zeer onwaarschijnlijk. Investment banks hebben geen enkele reden om als onderpand dergelijke lucratieve financiële activa te geven die maandelijks een hogere uitkering geven dan de geldende marktrente. Daarnaast is nog aangevoerd dat er geen rechtsgrond is op basis waarvan de opbrengsten en kosten van het onderpand aan de individuele deelnemers zouden moeten worden toegerekend.

49. Het hof overweegt dat Aegon met deze toelichting de vordering van PAL gemotiveerd heeft weersproken. Terecht is aangevoerd dat het door PAL geschetste scenario niet alleen speculatief is maar ook (zeer) onwaarschijnlijk is. Het hof tekent hierbij aan dat het onderpand is genoemd in het PWC rapport en dat dit rapport geen steun biedt voor hetgeen hier door PAL wordt betoogd. Het hof overweegt voorts dat, dit nog daargelaten, Aegon zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het hiervoor besproken (en door Aegon gemotiveerd betwiste) verwijt van PAL in geen geval leidt tot een financiële aanspraak van de individuele deelnemer op Aegon. Dat dit anders ligt vindt geen steun in de stukken. PAL heeft niet toegelicht op welke (concrete) bepaling(en) van de SprintPlan-overeenkomst zij haar (in algemene bewoordingen geformuleerde) standpunt baseert dat de individuele deelnemers recht zouden hebben op de (gestelde) opbrengst van het onderpand (en hoe dit standpunt past in de structuur van het SprintPlan). Dit had wel op haar weg gelegen. De verwijzing naar artikel 9.3 van de algemene voorwaarden leidt niet tot de door PAL bepleite conclusie. Artikel 9 van de algemene voorwaarden heeft betrekking op de positie van Stichting SpaarbelegGiro. Deze stichting houdt de participaties voor rekening en risico van de deelnemers.

Aegon heeft in dit verband aangevoerd dat deze bepaling niets zegt over de vraag welke voor- en nadelen van het onderpand dat door het Garantiefonds is gesteld of verkregen tot uitdrukking moeten komen in het resultaat van de individuele fondsen en daarmee gereflecteerd zouden kunnen worden in de waarde van de participaties die de stichting houdt voor de deelnemers (MvA, blz. 13, noot 40). PAL heeft dit verweer niet afdoende weerlegd. Zij heeft evenmin toegelicht waarom artikel 9.3 niet duidelijk en begrijpelijk zou zijn en op grond waarvan haar uitleg (inhoudend dat de deelnemers zouden moeten profiteren van de opbrengst van het onderpand) een redelijke uitleg van art. 9.3 is. In dit verband is onder meer van belang dat PAL niet heeft toegelicht op welke wijze de voorwaarden erin voorzien dat de door haar gestelde opbrengst van het onderpand moet worden verdisconteerd in de waarde van de participaties die de stichting houdt voor de desbetreffende deelnemer. De enkele verwijzing naar artikel 6:238 lid 2 BW (uitleg contra proferentem in consumentenovereenkomsten) is in de gegeven omstandigheden in elk geval onvoldoende.

Vordering VI Verklaring voor recht dat (1) primair de inhoudingen van de beheerskosten voor de in 1998 en 1999 afgesloten SprintPlan-overeenkomsten onverschuldigd zijn betaald door Aegon en (2) subsidiair dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers door bij de SprintPlannen die zij in 1998 en 1999 verkocht beheerskosten in te houden zonder contractuele grondslag en/of zonder dat zij de deelnemers hierover heeft geïnformeerd.

50. PAL heeft ter toelichting op deze vordering in de memorie van grieven (randnummer 105 tot en met 108), met verwijzing naar de dagvaarding (randnummer 142 tot en met 147) het volgende aangevoerd. Aegon hield in ieder geval met betrekking tot de in 1998 en 1999 gesloten overeenkomsten een beheersvergoeding van 2% in. Dit bedrag werd niet belegd maar was wel onderdeel van de lening. De deelnemers moesten over dit bedrag rente betalen en dit bedrag moest bij het einde van de lening worden afgelost. Volgens PAL is er voor de inhouding van deze beheersvergoeding van 2% geen contractuele grondslag. De "Specifieke Bepalingen voor Portefeuille Mei 99/04 van het Spaarbeleg GarantieFonds" (dagvaarding, productie 11) waarin de beheersvergoeding staat vermeld, zijn niet aan de deelnemers verstrekt. Aegon heeft de beheersvergoeding in

1998 en 1999 ten onrechte ingehouden. Zij heeft hiermee onrechtmatig jegens de deelnemers gehandeld en/of is toerekenbaar tekort geschoten jegens de deelnemers, aldus PAL.

51. Aegon heeft ook dit verwijt gemotiveerd betwist (MvA, randnummer 2.21 tot en met 2.26, met verwijzing naar hoofdstuk 7A van de conclusie van antwoord). Het hof zal eerst het (meest verstrekkende) verweer van Aegon bespreken dat de beheersvergoeding (waarop Aegon Investment Management B.V., als beheerder van het Garantiefonds op grond van artikel 7 van het prospectus en artikel 7 van de Specifieke Bepalingen recht had) nooit daadwerkelijk bij de deelnemers in rekening is gebracht en dat (meer dan) het gehele bedrag van de lening door het Garantiefonds is belegd. Aegon verwijst ter ondersteuning van dit standpunt naar het PWC rapport.

52. Het hof overweegt dat in het PWC rapport (blz. 15 en blz. 17) is vastgesteld dat in 1998 in totaal aan leningen een bedrag is verstrekt van € 302.589.649,- en in 1999 een bedrag van € 414.260.073,-. Het totaal van de nominale waarden van de fondsbeleggingen bedraagt in 1998 € 302.489.951,- en in 1999 € 413.094.794,-. Het totaal van de aankooprijzen van de fondsbeleggingen bedraagt in 1998 € 314.044.375,- en in 1999 € 422.861.782,-. In het PWC rapport is tot slot vastgesteld dat het eigen vermogen van het Garantiefonds niet meerde als gevolg van beheerskosten (blz. 22, punt 9.8. beheersvergoeding). Dit biedt steun aan het standpunt van Aegon dat het volledige bedrag van de leningen is belegd. PAL heeft de juistheid van deze bevindingen niet (deugdelijk) weerlegd. Dit betekent dat ook deze vordering grondslag mist. De (door Aegon betwiste) stelling van PAL dat het prospectus en de Specifieke Bepalingen niet aan de deelnemers zijn verstrekt behoeft verder geen bespreking.

Vordering VII Verklaring voor recht dat Aegon geen zaken mocht doen met een tussenpersoon en/of cliëntenremisier die zonder vergunning ex artikel 7 Wte (oud) over de Sprintplannen adviseerde en/of orders doorgaf zonder vergunning ex artikel 7 Wte en/of bemiddelde zonder vergunning ex artikel 7 Wte.

Vordering VIII Verklaring voor recht dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld en/of toerekenbaar tekort is geschoten jegens de deelnemers indien zij zaken deed met een tussenpersoon en/of cliëntenremisier die in strijd met artikel 7 Wte (oud) de

SprintPlannen adviseerde aan de deelnemers en/of orders doorgaf zonder vergunning ex artikel 7 Wte en/of bemiddelde zonder vergunning ex artikel 7 Wte.

53. Het hof overweegt dat de Hoge Raad in zijn (in een proefprocedure) gewezen arrest van 2 september 2016 («JOR» 2016/274, m.nt. Lieverse; red.) in r.o. 4.7 (ECLI:NL:HR:2016:2012) heeft geoordeeld dat de Wte aldus moet worden uitgelegd dat indien een cliëntenremisier zich niet beperkt tot het aanbrengen van een potentiële belegger bij een beleggingsinstelling of effecteninstelling, maar de belegger tevens in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep adviseert, de aldus handende cliëntenremisier over een vergunning dient te beschikken. In r.o. 6.2.3 is samenvattend geoordeeld dat indien de particuliere belegger bij de aanbieder is aangebracht door een cliëntenremisier die, in strijd met de Wte 1995, tevens beleggingswerkzaamheden heeft verricht zonder over de daarvoor noodzakelijke vergunning te beschikken, en de aanbieder hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn, de billijkheid in beginsel eist dat de vergoedingsplicht van de aanbieder geheel in stand blijft, zowel wat betreft een eventuele restschuld als wat betreft de door de particuliere belegger betaalde rente, aflossing en kosten aangaat. Dit geldt ook als de mogelijke financiële gevolgen van de leaseovereenkomst geen onaantvaardbaar zware last voor de afnemer vormen. Deze uitspraak is door de Hoge Raad herhaald en nader toegelicht bij arrest van 12 oktober 2018 («JOR» 2018/305, m.nt. Lieverse; red.), (ECLI:NL:HR:2018:1935).

54. Het hof overweegt dat PAL geen in rechte te respecteren belang heeft bij een verklaring voor recht waarin dit oordeel wordt herhaald. Het hof volgt PAL niet in haar betoog dat zij een belang heeft bij haar vorderingen omdat het arrest van 2 september 2016 is gewezen in een procedure ter zake van een Dexia zaak. Blijkens r.o. 6 heeft dit arrest een bredere toepassing dan, kort gezegd, de daar aan de orde zijnde Dexia zaak. Voor zover PAL met deze vorderingen een andere of ruime verklaring voor recht wenst te verkrijgen wijst het hof dit verzoek af. Hiervoor ontbreekt een deugdelijke (feitelijke) grondslag. De meer specifiek op de omstandigheden van het geval toegespitste vraag of de tussenpersoon en/of cliëntenremisier in strijd met artikel 7 Wte (oud) adviseerde aan de deelnemers en/of orders doorgaf en/of bemiddelde zonder vergunning ex artikel 7 Wte (oud) is

afhankelijk van ter zake dienende omstandigheden en leent zich niet voor een collectieve actie.

55. Aegon heeft in de conclusie van antwoord (blz. 44, onder C) haar door PAL genoemde standpunt herhaald dat artikel 25 NR 1995 niet het verbod bevat, inhoudende dat de effectenin- stelling zich moet onthouden van de rechtshandeling: het accepteren van door deze instelling aan- gebrachte cliënten of cliëntenorders”. Dit verbod is volgens Aegon pas bij de invoering van NR 1999 op 7 januari 1999 als onderdeel d toegevoegd aan artikel 41 NR 1999. Het hof overweegt dat in de toelichting op artikel 41 NR 1999 is vermeld dat aan de opsomming van verboden zakelijke en financiële relaties uitdrukkelijk is toegevoegd het accepteren van cliënten van de desbetreffende natuurlijke en- rechtspersonen en het accepteren van orders van cliënten van deze personen. De toelichting luidt verder als volgt:

“In de praktijk werd het niet expliciet noemen van deze categorie die wel onder de reikwijdte van zakelijke of financiële relaties viel, als verwarrend ervaren; deze verwarring wordt met het expliciet uitschrijven in onderdeel d ondervangen.”

Uit deze toelichting volgt naar het oordeel van het hof dat de toevoeging van onderdeel d aan artikel 41 NR 1999 moet worden uitgelegd in die zin dat hiermee de bestaande regeling wordt verduide- lijkt en dat hiermee geen nieuw verbod wordt ge- introduceerd. Voor zover PAL wil betogen dat dit oordeel tot toewijzing van haar vorderingen moet leiden gaat dit betoog niet op. De door PAL in al- gemene bewoordingen geformuleerde verklarin- gen voor recht zijn hier niet op toegespitst.

56. De vorderingen IX (proceskostenveroorde- ling) en X (terugbetaling van hetgeen PAL uit hoofde van het vonnis in de eerste aanleg heeft betaald) behoeven verder geen bespreking en ko- men gelet op het voorgaande niet voor toewijzing in aanmerking.

Slotsom

57. Het hof acht zich voldoende voorgelicht en ziet geen aanleiding om een deskundigenbericht te gelasten. Het hof gaat aan de bewijsaanbiedin- gen voorbij, omdat deze niet ter zake dienend dan wel onvoldoende gespecificeerd zijn. De grieven treffen doel. Het hof zal het bestreden vonnis vernietigen en PAL ontvankelijk verklaren in haar vorderingen. Het hof zal de vorderingen afwijzen. Gelet op de uitkomst van het geding in hoger be- roep zal de kostenveroordeling in de eerste aanleg

worden bekrachtigd en zal PAL als de in het onge- lijk gestelde partij worden veroordeeld in de kos- ten van het hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag, Team handel van 18 oktober 2017 voor zover PAL niet ontvankelijk is verklaard in haar vorderingen, en *opnieuw rechtdoende*:
- wijst de vorderingen af;
- veroordeelt PAL in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);
- verklaart dit arrest ten aanzien van proceskos- ten in hoger beroep uitvoerbaar bij voorraad;
- bekrachtigt het vonnis voor het overige.

NOOT

1. Dit effectenlease-arrest is geweest in een col- lectieve actie van Stichting Platform Aandelen- lease (“PAL”) tegen Aegon. Aegon heeft tussen 1997 en 2002 het product SprintPlan verkocht. Deelnemers kregen krediet waarmee participa- ties Aegon Garantiefonds werden gekocht. Op zijn beurt belegde dit fonds in effecten. De uitke- ring was de opbrengst van de effectenverkoop minus de kredietaflossing. Aegon garandeerde dat de verkoopopbrengst de aflossing dekte, ten- zij de deelnemer tussentijds beëindigde of het belegde bedrag (en tevens de maandelijks ver- schuldigde rente) verlaagde door verkoop van (een deel van de) participaties.

2. De Stichting Gedupeerden Spaarconstructie (GeSp) en de Vereniging Consument & Geldza- ken (VCG) hebben hierover al procedures ge- voerd. Niet al deze procedures waren collectieve acties (art. 3:305a BW (oud)). In proefprocedures heeft de (hoogste) rechter uitspraak gedaan. Deze uitspraken zijn als modeluitspraak bedoeld voor de rechtspraak. De stand van zaken tot dit arrest (en ook erna, want alle vorderingen zijn afgewezen) is als volgt. Aegon is in haar zorg- plicht tekortgeschoten door niet te waarschuwen voor het restschuld risico en door voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst geen inlichtingen over inkomens- en vermogens- positie van de potentiële deelnemer in te winnen (Hof Amsterdam 15 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB7971, «JOR» 2008/13

gesanctioneerd door HR 5 juni 2009, ECLI:NL:2009:BH2822, «JOR» 2009/200 m.nt. Lieveise). Het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4981, BK4982, en BK4983) heeft de volgende door de Hoge Raad (HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4003, «JOR» 2011/227) gesanctioneerde formule gehanteerd: indien gegeven het inkomen en vermogen er sprake is van een onaanvaardbaar zware financiële last, wordt twee derde van de inleg vergoed; bij een niet onaanvaardbaar zware financiële last wordt twee derde van de restschuld vergoed.

3. GeSp heeft in 2012 herroeping van het arrest van 15 november 2007 gevorderd omdat beweerdelijk het geleende geld niet volledig is doorgestort in het Garantiefonds, en het bovendien niet volledig is belegd. Deze vorderingen zijn afgewezen. Zie Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:702. VCG heeft nog collectieve procedures gevoerd over de vraag of Aegon haar zorgplicht heeft geschonden door overbodige kredietverstrekking. Dit is afgewezen. Ook beweerde VCG dat Aegon onvoldoende informatie heeft verstrekt over, en onvoldoende heeft gewaarschuwd voor, de kostenstructuur en beleggingen van het Garantiefonds. Het Sprintplan leidde tot hoge rente-inkomsten voor Aegon terwijl deelnemers onnodige risico's en onaantrekkelijk rendement kregen. Ook deze stellingen zijn vanwege onvoldoende cijfermatige onderbouwing verworpen. Zie Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1229. Wel heeft de rechter de vordering toegewezen dat Aegon onvoldoende heeft gewaarschuwd voor restschuldrisico's bij tussentijdse beëindiging of verlagings van het belegde bedrag. Herroeping van dit arrest wegens bedrog (art. 382 Rv) is afgewezen. Zie Hof Amsterdam 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3776.

4. In deze zaak neemt PAL nieuwe feitelijke stellingen in. Het hof verwerpt dan ook het verweer van Aegon dat PAL niet-ontvankelijk is wegens strijd met een goede procesorde omdat er al twee eerdere collectieve procedures zijn gevoerd over het SprintPlan en PAL 15 jaar heeft gewacht. Zie r.o. 28-30. In deze zaak vordert PAL onder meer een verklaring voor recht dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld dan wel toerekenbaar is tekortgeschoten door rendementen behaald op onderpand niet ten goede te laten komen aan de deelnemers. Het gaat hier om het

eventuele nettoresultaat dat is behaald op de financiële onderpandverplichtingen (cash of certified securities) ten aanzien van financiële instrumenten die het Garantiefonds ten behoeve van het SprintPlan heeft aangekocht. De verkopende banken respectievelijk het Garantiefonds liepen, afhankelijk van de waardefluctuatie van de financiële instrumenten, een kredietrisico op de andere partij. Ter afdekking van dit risico waren partijen verplicht elkaar financieel onderpand te verlenen. Evenals alle andere gevorderde verklaringen voor recht wordt ook deze door het hof afgewezen. Er is onvoldoende duidelijk gemaakt welke concrete bepaling uit de SprintPlan-overeenkomsten de deelnemers recht geeft op dit beweerdelijke nettoresultaat. Zie r.o. 46-49. In deze noot ga ik verder niet in op de afgewezen vorderingen.

5. Ik stel de ontvankelijkheidsvoorwaarden die gelden bij een collectieve actie op grond van art. 3:305a BW centraal. Met name de rol van een derdenfinancier als ConsumentenClaim BV in deze zaak, is uitgebreid aan de orde geweest. Met de inwerkingtreding per 1 januari 2020 van het nieuwe collectieve-actieregime WAMCA (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie) door herziening van art. 3:305a BW zijn deze vereisten aangescherpt. Onmiskenbaar was ook in de rechtspraak hun rol bij collectieve acties onder het oude regime al onderwerp van toetsing. Centraal verweer van Aegon is dat PAL geen collectievebelangenbehartiger is. Zij beschikt niet over een (voor Aegon kenbare) achterban. De procedure wordt in werkelijkheid door ConsumentenClaim gevoerd. Het motief van de procedure is commercieel; het doel is niet rechtsbescherming bieden aan een achterban, maar opbrengst genereren voor de procesfinancier door genereuze no cure no pay-vergoedingen. Tot slot verwijt Aegon PAL een gebrek aan transparantie.

6. Aegon betwist het belang (art. 3:303 BW) van een eventuele achterban van PAL bij beantwoording van de rechtsvragen vervat in de verklaringen voor recht. Belang splitst zich in processueel en materieel belang. Zie uitgebreid T.R. Bleeker, 'Voldoende belang in collectieve acties: driemaal artikel 3:303 BW', *NTBR* 2018/20. Aegon stelt een gebrek aan processueel belang omdat de achterliggende vorderingen van de deelnemers zijn verjaard, de klachten al volgens een heldere methode zijn afgehandeld, en er al tweemaal tot in

hoogste instantie een collectieve procedure is gevoerd waarmee de relevante (rechts)vragen zijn beantwoord.

7. Het hof oordeelt als volgt. Allereerst bevestigt het dat het niet bij het wezen van een collectieve procedure hoort om van de 305a-organisatie te verlangen dat zij een lijst van deelnemers overlegt. Anders dan bij "collectieve" procedures waarbij de vorderingen aan een claimvehikel worden overgedragen (het cessiemodel van collectief procederen) of bij bundeling via lastgeving of middellijke vertegenwoordiging, staan hier niet de individuele vorderingen centraal met de daarbij behorende stelplicht en bewijslast ten aanzien van iedere vordering afzonderlijk. Zie voor dit laatste aspect bij gebundelde individuele vorderingen Rb. Rotterdam 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8230 (*Stichting Elevator Cartel Claim/Kone ea*), r.o. 9.43; Rb. Amsterdam 15 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3574 (*Retail Cartel Damage Claims SA ea/DAF*), r.o. 3.27, Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3289 (*Loterijverlies.nl BV/Staatsloterij*), r.o. 44; Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 (*CDC/Kemira ea*). PAL treedt in deze procedure niet op als (middellijk) vertegenwoordiger, lasthebber of cessionaris van gebundelde individuele vorderingen. Anders dan bij gebundelde collectieve vorderingen hoeft Aegon dan ook geen lijst met individualiseerbare vorderingen en cedenten te ontvangen. De bij een 305a-vordering betrokken belangen moeten zodanig gelijksoortig zijn dat zij zich lenen voor bundeling. Bij beoordeling van de vordering moet de rechter voldoende kunnen abstraheren van de individuele omstandigheden. Bij deze eigenstandige 305a-vordering speelt de kwestie van de individuele verweermiddelen (art. 6:145 BW) en mededelingsvoorwaarde voor rechtsgeldige overdracht van vorderingen (art. 3:84 lid 1 en 4 BW) niet. Zie over het bepaalbaarheidsvereiste voor een rechtsgeldige cessie: Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 (*CDC/Kemira ea*), r.o. 3.12.2-3.12.5; Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:713 (*KLM e.a./Stichting Cartel Compensation*), r.o. 4.9.1-4.9.6. Zie voor de omvang van het recht van de verweerder op overdrachtsdocumentatie: Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:714 (*KLM e.a./Equilib Netherlands BV*), r.o. 4.10.2-4.10.5.

8. De achterban is nog wel van belang bij de beoordeling of PAL niet-ontvankelijk is omdat de belangen van de personen voor wie deze rechtsvordering is ingesteld, onvoldoende zijn gewaarborgd (art. 3:305a lid 2 laatste volzin BW (oud)). Het verweer van Aegon dat PAL niet of nauwelijks een relevante achterban heeft, wordt als onvoldoende onderbouwd verworpen. Het assurance-rapport waarin een accountant zijn oordeel geeft over de opgaaf van aanmeldingen is (onvoldoende) betwist. Zie r.o.15.

9. De stelling van Aegon dat PAL alleen is opgericht om aan de formele voorwaarde te voldoen dat alleen een vereniging of stichting een collectieve actie kan instellen, maar dat de feitelijke rol van PAL illusoir is, wordt verworpen. Het hof acht de door Aegon aangevoerde argumenten dat ConsumentenClaim de achterban werft, de procedure financiert, de administratieve afhandeling regelt en uiteindelijk de opbrengst van de procedure aan haar toevalt, hiervoor niet relevant. Het hof betreft in zijn oordeel het toetsingskader zoals dat bij de invoering van het waarborgvereiste in 2013 in de oude 305a-regeling is ingevoerd. De rechter toetst of de feitelijke werkzaamheden van de 305a-organisatie strekken tot daadwerkelijke behartiging van het belang waarvoor deze rechtspersoon in de collectieve actie stelt op te komen. Een representativiteits eis waarbij de omvang van achterban en de vertegenwoordigde vorderingen van belang zijn, zoals dat in het nieuwe collectieve-actieregime geldt (art. 3:305a lid 2 (nieuw) BW, is uitdrukkelijk onder het oude regime niet gesteld. Zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33 126, 7, p. 8-9. Aan het waarborgvereiste is voldaan omdat PAL al tien jaar deelneemt aan juridische procedures over aandelenleaseproducten tegen DSB Bank en Dexia en medeverzoeker is geweest bij de verbindendverklaring via de WCAM van de DSB-schikking. De betrokkenheid van ConsumentenClaim speelt hierbij geen rol.

10. Het hof toetst dus niet in anticiperende zin aan de WAMCA. In deze nieuwe regeling van art. 3:305a BW heeft de rechter uitdrukkelijk de taak gekregen om de rol van de derdenfinancier te betrekken bij zijn oordeel over het waarborgvereiste. Hij moet toetsen of de 305a-organisatie beschikt over voldoende middelen om de kosten voor het instellen van een rechtsvordering te dragen, waarbij de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt (art. 3:305a lid 2 sub c BW). Volgens de parle-

mentaire geschiedenis toetst de rechter ook “of de derdenfinancier geen buitensporige en ontransparante kosten in rekening brengt voor de financiering”. Zie *Kamerstukken II 2017/18*, 34 608, 6, p. 25. Zie ook Principe III en de uitwerkingen hierbij van de Claimcode 2019. Het is een ambtshalve toetsing.

11. Bij deze toetsing kan inzage door de rechter in de financieringsovereenkomst nodig zijn. Zie *Kamerstukken II 2017/18*, 34 608, 9, p. 9. De rechter ontleent aan art. 22 Rv de bevoegdheid om overlegging van de financieringsovereenkomst te bevelen. In beginsel hebben de andere procespartijen (met name de aangesproken partij) op grond van art. 19 Rv het recht om deze overeenkomst in dat geval ook te ontvangen en zich hierover uit te laten. Indien daarvoor gewichtige redenen zijn, kan de 305a-organisatie overlegging van de financieringsovereenkomst aan de rechter weigeren of verbinden aan de voorwaarde dat alleen deze laatste kennis ervan zal mogen nemen. Zie art. 22 lid 2 Rv. Indien de rechter de weigering of uitsluiting niet gerechtvaardigd acht, kan hij daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (lid 4) of indien hij heeft beslist dat de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is, kan hij slechts met toestemming van de andere partijen mede op de grondslag van die toelichting onderscheidenlijk die bescheiden uitspraak doen (lid 6). In beide gevallen (weigering, niet instemming wederpartij met alleen overlegging aan de rechter) zou het oordeel dus niet-ontvankelijkheid kunnen zijn op grond van art. 3:305a lid 2 sub c BW (nieuw). Zie voor enkele gewichtige redenen voor een 305a-organisatie om niet te overleggen: I. Tillema, *Vereniging Corporate Litigation 2018-2019* (VDHI nr. 157) 2019/II.4.5.

12. Het hof neemt de betrokkenheid van ConsumentenClaim wel mee in zijn oordeel over de naleving van de Claimcode. De Claimcode uit 2011 kende – anders dan de Claimcode 2019 – nog geen regeling over de betrokkenheid van derdenfinanciers bij een collectieve actie. Wel kende zij het uitgangspunt dat de behartiging van collectieve belangen zonder winstoogmerk is. Principe II: “Uit de statutaire doelstelling, de feitelijke werkzaamheid en de governance van de stichting blijkt dat de stichting en de aan de stichting rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen geen winstoogmerk hebben bij de uitoefening van de stichtingsactiviteiten”. Het hof – evenals lagere rechters in andere procedures –

toetst de overeenkomsten tussen de 305a-organisatie, de achterban en de derdenfinancier. Afhankelijk van de gekozen financieringsstructuur gaat het om de resultaatafhankelijke vergoeding voor de vordering van de deelnemer die wordt overgedragen aan de 305a-organisatie of aan de derdenfinancier. Een andere financieringsconstructie behelst een (financierings)overeenkomst tussen de 305a-organisatie en de derdenfinancier in combinatie met een (financierings)overeenkomst tussen de 305a-organisatie en de deelnemers waarbij de deelnemer zich verbindt het afgesproken percentage van de te ontvangen vergoeding af te staan aan de derdenfinancier of de 305a-organisatie. In dat laatste geval zal de 305a-organisatie verplicht zijn het overeengekomen percentage af te staan aan de derdenfinancier. Let wel: de wettelijke toetsingsregeling noch de Claimcodes zijn van toepassing op claimstichtingen die gebundelde individuele vorderingen te gelde maken. In die gevallen vindt er dus geen toetsing van de rol en vergoedingen van de derdenfinancier plaats op grond van art. 3:305a of de Claimcode omdat er geen collectieve, 305a-vordering is ingesteld. De Claimcode is alleen van toepassing indien een vereniging of stichting een 305a-procedure voert of als een van de verzoekers optreedt om een collectieve schikking door het Hof Amsterdam verbindend verklaard te krijgen via de WCAM (art. 7:907 BW).

13. Volgens de no cure no pay-afpraak moeten de deelnemers 20% van de van Aegon te verkrijgen vergoeding afstaan aan ConsumentenClaim. Volgens het hof is niet gebleken dat deze vergoeding (buitensporig) hoog is. Het door het hof gehanteerde toetsingskader wordt niet nader toegelicht. Wel stelt het hof vast dat Aegon in haar rekenvoorbeeld dat bij memorie van antwoord is verstrekt, geen rekening heeft gehouden met de goede en kwade kansen in deze procedure en evenmin met het feit dat in deze procedure uitsluitend een verklaring voor recht wordt gevorderd. De goede en kwade kansen zijn inderdaad een relevante factor. Het feit dat in deze collectieve procedure uitsluitend verklaringen voor recht worden gevorderd, is geen relevante factor. Deze verklaring voor recht is de opmaat naar een (collectieve) schikking of (gebundelde) schadevergoedingsvorderingen. In beide gevallen zal uiteindelijk de verkregen verklaring voor recht gebruikt worden om de vergoeding te verkrijgen. Om die reden is het noodzakelijk dat reeds bij

aanvang van de collectieve procedure waarin deze verklaringen voor recht worden gevorderd, ten aanzien van de financieringsafspraken wordt getoetst of deze de waarborgtoets van art. 3:305a lid 2 BW of het geen-winstoogmerk principe van de Claimcode 2011 kunnen doorstaan. Zie Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614, «JOR» 2020/119, m.nt. Arons (*Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras SA ea*) en Rb. Amsterdam 26 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2018:6840, «JOR» 2019/121, m.nt. Kroes (*VEB/Steinhoff*). Beide rechtbanken in deze collectieve procedures waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd, onderwerpen de vergoeding voor de derdenfinancier dan wel de vergoeding van deelnemers van de achterban aan de 305a-organisatie zelf aan toetsing.

14. Tot slot oordeelt het hof dat het vermeende transparantiegebrek over de afspraken tussen PAL en ConsumentenClaim niet betekent dat de belangen van de deelnemers onvoldoende zijn gewaarborgd. Zie r.o. 27. Het hof licht dit niet verder toe. De Claimcode 2019 schrijft wel transparantie voor. Uitwerking 7 bij Principe III stelt voorop dat de 305a-organisatie op haar website het volgende vermeldt (i) de gebruikmaking van externe financiering; (ii) de identiteit en woonplaats van de financier en (iii) op hoofdlijnen de vergoedingsstructuur en dienstverlening inclusief het vergoedingspercentage dat afhankelijk is van de toe te kennen collectieve (schade)vergoeding. Volgens de Claimcode is de claimorganisatie niet gehouden de volgende elementen openbaar te maken: (i) de omvang van vergoedingen voor de financier, het voor de zaak beschikbare budget, de financieringsdocumentatie of andere, gelet op de aard van haar werkzaamheden, gevoelige informatie. Zie Uitwerking III.8. De claimorganisatie bedingt bij de externe financier dat zij bevoegd is deze informatie aan de rechter mee te delen indien deze daartoe een bevel geeft, waarbij de claimorganisatie ernaar mag streven te voorkomen dat ook de wederpartij inzage in deze informatie krijgt. Dit laatste onderdeel van Uitwerking III.8 lijkt mij overbodig in het licht van het eerder geschetste wettelijk kader (art. 19 en 22 Rv). Bij algehele weigering van overlegging van (onderdelen van) de financieringsvoorwaarden met de externe financier of onder de voorwaarde dat de wederpartij daarvan geen kennis krijgt, zal de rechter, indien hij van oordeel is dat

hiervoor geen gewichtige redenen bestaan, tot niet-ontvankelijkheid in de collectieve actie kunnen oordelen. Zie art. 3:305a lid 2 sub c BW (nieuw).

15. Principe I van de Claimcode 2011 en die van 2019 verplichten de 305a-organisatie tot openbare verantwoording op haar website van de naleving van de principes en uitwerkingen. Eventuele afwijkingen hiervan dienen deugdelijk te worden gemotiveerd in dit verantwoordingsdocument. Het hof acht de late plaatsing van een verantwoordingsdocument over naleving van de Claimcode op de website van PAL niet van dusdanige ernst dat het tot de conclusie komt dat hierdoor de belangen van de achterban onvoldoende worden gewaarborgd. In dit verantwoordingsdocument legt de 305a-organisatie jaarlijks verantwoording af over de naleving van de principes en uitwerkingen van de Claimcode en licht zij afwijkingen hiervan toe. In een procedure tegen Rabobank vanwege verkochte renteswaps heeft de rechter wel een claimstichting die pas tijdens de procedure tot (gedeeltelijke) naleving van de Claimcode overgaat, niet-ontvankelijk verklaard wegens niet voldoen aan het waarborgvereiste. Zie Rb. Oost-Brabant, 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, «JOR» 2016/278, m.nt. Lemstra (*Stichting Renteswapschadeclaim/Rabobank*), r.o. 5.19-5.27. Het verschil in beide zaken is gelegen in het feit dat PAL reeds tien jaar, dus nog voor de totstandkoming van de Claimcode 2011, actief is geweest. De claimstichting die tegen Rabobank de collectieve procedure is gestart, is ruim na de Claimcode actief geworden. Bovendien waren de aard en ernst van de afwijkingen van de naleving navranter. Bij deze claimstichting was sprake van een machtsconcentratie bij de bestuurder; medebestuurders of rvt ontbraken. De afwezigheid van checks en balances noopt tot niet-ontvankelijkheid.

16. Als geen cassatie tegen dit arrest is ingesteld, is dit vermoedelijk de laatste uitspraak van een hof in collectieve procedures over effectenlease. Dit zal zeker niet de laatste uitspraak zijn waarin het commerciële motief en de vergoeding aan de 305a-organisatie of derdenfinancier door leden

van de achterban of deelnemers onderwerp van (heftig) debat zullen zijn.

prof. mr. T.M.C. Arons
 hoogleraar Financieel recht en collectief ver-
 haalsrecht, Universiteit Utrecht en legal counsel
 VEB

117

Toetsingskader eenzijdige wijzigingsbevoegdheid rente-opslag bij zakelijk krediet

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
 11 februari 2020, zaaknr. 200.236.769/01,
 ECLI:NL:GHSHE:2020:411
 (mr. Hulskes, mr. Vaessen, mr. Metzelaar)
 Noot mr. R.I.V.F. Bertrams

Bank is ter zake van bedrijfsfinanciering contractueel bevoegd rente-opslag eenzijdig te wijzigen. Zorgplicht van art. 2 ABV is onderdeel van toetsingskader bij beoordeling van toepassing wijzigingsbevoegdheid. Gang van zaken rond verhoging van rente-opslag is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. Hoger beroep van Rb. Zeeland-West-Brabant 14 maart 2018, «JOR» 2018/217, m.nt. Bertrams.

[BW art. 6:248 lid 2]

Beoordeeld moet worden of gebruikmaking door de Bank in 2016 en 2017 van haar contractuele wijzigingsbevoegdheid uit art. 25 AV in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een van de in aanmerking te nemen omstandigheden is of de Bank heeft voldaan aan haar in art. 2 ABV neergelegde zorgplicht. Voor het uitsluitend aan dit artikel toetsen van de contractuele wijzigingsbevoegdheid van de Bank is naar het oordeel van het hof geen plaats. Met andere woorden, art. 2 ABV derogeert niet aan art. 25 AVV maar is onderdeel van het toetsingskader bij de beoordeling van de toepassing van de wijzigingsbevoegdheid. In art. 25 AV is bepaald dat de Bank de opslag altijd kan wijzigen. De Bank heeft uiteengezet dat bij de bepaling van de opslag in het hele land door al

haar kantoren gebruik wordt gemaakt van hetzelfde computerprogramma. De verschillende componenten waaruit de opslag is samengesteld, zijn daarin opgenomen. Hoe de verschillende onderdelen in de berekening exact zijn meegewogen door het computerprogramma, is volgens de Bank ook voor haar medewerkers niet inzichtelijk. Niet is gebleken dat de door de Bank gehanteerde opslagen te hoog en dus niet marktconform waren. Het kan er dan ook voor worden gehouden dat andere banken (ten minste) soortgelijke opslagen hanteerden in 2016 en 2017.

[Geïntimeerde] heeft als professionele partij ingestemd met art. 25 AV. Die bepaling verplicht de Bank niet om aan haar wederpartij uiteen te zetten hoe (een verhoging van) de opslag is bepaald. Er bestaat ook geen algemene rechtsregel die erop neerkomt dat in een contractuele verhouding tussen professionele partijen de partij die gebruik wenst te maken van een beding dat haar eenzijdig het recht geeft een prijs te verhogen, die verhoging slechts kan doorvoeren als wordt toegelicht hoe de verhoging is bepaald. Daar komt bij dat tegenover de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de Bank, voor de klant het recht staat om bij een verhoging van de opslag de lening zonder boete direct volledig af te lossen en aldus te beëindigen.

De door art. 2 ABV aan de Bank opgedragen zorgplicht gaat in het kader van een eenzijdig wijzigingsbeding als hier aan de orde niet verder dan dat de Bank zich bij een voorgenomen verhoging van de opslag steeds een juist en actueel beeld vormt van de zekerheid die haar klant haar biedt en dat naarmate er meer zekerheid gesteld wordt, daarmee in de bepaling van de hoogte van de opslag ook rekening wordt gehouden. Hieraan heeft de Bank in dit geval naar het hof voorkomt voldaan.

Het hof is derhalve van oordeel dat daar waar er geen aanwijzingen zijn dat de door de Bank voorgestelde verhogingen niet marktconform waren – integendeel, zelfs gunstiger waren – het enkele ontbreken van een toelichting op de verhoging van de opslag niet kan worden aangemerkt als een schending van de door art. 2 ABV voorgescreven zorgplicht. De Bank heeft in 2016 in een gesprek met [geïntimeerde] toegelicht dat zij de opslag wil verhogen en in 2017 heeft zij dit gedaan in een brief. Er is geen grond om te oordelen dat de hele gang van zaken rond de verhoging van de opslag als bedoeld in art. 25 van de AV