Noordam Advocatuur
mr. dr. A.J. Noordam

De weledelgestrenge heer

Mr J.B. Maliepaard

Postbus 908

2665 ZX Bleiswijk

Amsterdam, 1 juli 2013

Betreft: Opinie inzake effectenleasezaken

Geachte confrère,

U heeft mij verzocht, als auteur van diverse boeken en publicaties over schuldsanering[1] en op basis van mijn expertise daaromtrent, om u mijn opinie te geven over de gerechtelijke procedures tegen Dexia Nederland B.V. (Dexia) in de zogenoemde effectenleasezaken, meer in het bijzonder over de Hof-formule en de factoren en correcties die daarin zijn opgenomen.

1 Hof-formule ter vaststelling 'onaanvaardbaar zware financiële last'

1.1 Samenstelling en elementen van de Hof-formule

Hof Amsterdam 1 december 2009, LJN BK4978, rov. 4.15 presenteert de volgende formule ter beoordeling van de (on)aanvaardbaarheid van de financiële last die bij totstandkoming van een effectenleaseovereenkomst op de afnemer komt te rusten:

$X - W - A < Y + 0{,}1xY + 0{,}15x(X-Y)$

Rekening houdend met eventuele andere, eerdere aangegane effectenleaseovereenkomsten en rente- en aflossingsverplichtingen uit andere kredietovereenkomsten heeft het hof deze formule in rov. 4.16 nader uitgewerkt. De Hof-formule luidt dan:

$X - W - A - B - C < Y + 0{,}1xY + 0{,}15x(X-Y)$

---

[1] *Schuldsanering en goede trouw* (proefschrift 2007), *Wsnp en goede trouw* (Kluwer, 2008) en diverse tijdschriftpublicaties over verschillende aspecten van de wettelijke schuldsaneringsregeling.

Oranje Nassaulaan 5, Amsterdam Postbus 75280, 1070 AG Amsterdam
Telefoon 020 - 68 98 123 Fax 020 - 68 98 885 www.noordamadvocatuur.nl

Waarbij de letters in de formule staan voor de volgende variabelen:

X	=	Het besteedbare netto-maandinkomen van de afnemer
W	=	Huur- of hypotheeklasten van de eigen woning voor zover deze het daarvoor door het Nibud gehanteerde basisbedrag overtreffen
A	=	Verplichtingen uit de leaseovereenkomst
B	=	Verplichtingen uit andere, eerdere leaseovereenkomsten
C	=	Verplichtingen uit andere, eerdere kredietovereenkomsten
Y	=	Nibud-basis(kosten)norm voor het desbetreffende type huishouden.

Het hof licht toe dat bij de beoordeling van de financiële last ook met aanwezig vermogen van de afnemer rekening gehouden moet worden, waarbij (a) de overwaarde van de woning, en (b) een bedrag van € 5.000 voor een alleenstaande en € 10.000 voor een afnemer met een gemeenschappelijke huishouding, buiten beschouwing blijven. HR 29 april 2011, JOR 2011/190 heeft de rechter de ruimte gelaten bij de toetsing uit te gaan van 'een algemene formule'. De HR heeft daaraan toegevoegd dat een formule voldoende ruimte moet laten om rekening te houden met individuele omstandigheden, waaronder begrepen de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer en van een eventuele derde met wie de afnemer een gemeenschappelijke huishouding voert. Afgezien van de referentie aan de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer heeft de HR zich niet uitgelaten over de vraag aan welke inhoudelijke maatstaven de formule zou moeten voldoen, en evenmin over de samenstellende delen van de formule van het Amsterdamse hof en de in die formule gekozen percentages.

1.2 <u>Toelichting hof op eigen correcties op Nibudbasisnorm</u>

Afgezien van eventueel vermogen van de afnemer houdt de Hof-formule in dat de lasten uit de leaseovereenkomst als een onaanvaardbaar zware financiële last worden aangemerkt indien het netto-inkomen verminderd met die lasten (en lasten uit andere lease- of kredietovereenkomsten) minder bedraagt dan de bestedingsnorm, welke bestedingsnorm het hof stelt op 110% van de Nibudbasis-norm vermeerderd met 15% van het verschil tussen het netto-inkomen en de basisnorm. Het hof licht de correcties aan de rechterzijde van de formule [+ 0,1xY + 0,15x(X-Y)] ten opzichte van de Nibud-basisnorm Y toe in de rechtsoverwegingen 4.15 en 4.16. Het hof motiveert de 10% opslag [0,1xY] 'ermee rekening houdend dat de Nibud-basisnorm een absoluut minimum betreft van hetgeen voor de bestrijding van de kosten van levensonderhoud is benodigd [...]'. Voorts baseert het hof de verhoging van de basisnorm met 15% van het verschil tussen het netto-inkomen en de norm [0,15x(X-Y)] op de volgende overweging: 'Naarmate het in een huishouden genoten inkomen stijgt (en hoger is dan het minimum), pleegt [...] in werkelijkheid aan de desbetreffende uitgavenposten evenwel meer te worden besteed dan de bedragen waarvan het Nibud uitgaat.' In Bijlage A van de uitspraak (LJN BK4978) is de Hof-formule toegepast op een viertal tussentijds beëindigde effectenleaseovereenkomsten van de betreffende afnemer, resulterend in de conclusie van het hof dat géén van deze overeenkomsten een onaanvaardbaar zware financiële last voor de desbetreffende afnemer vormde.

2. Kanttekeningen bij de Hof-formule

2.1 Eigen formule

Het Nibud heeft een 'Risicometer Lenen' ontwikkeld voor verantwoord lenen. Het Nibud baseert deze Risicometer op de Nibud-Voorbeeldbegrotingen voor diverse type huishoudens en inkomens.[2] Deze Voorbeeldbegrotingen zijn weer gebaseerd op gegevens van het CBS. Indachtig de periode dat de leaseproducten werden verkocht en bij wijze van voorbeeld verwijs ik naar de Nibud-Voorbeeldbegrotingen voor diverse type huishoudens opgenomen in het *Budgethandboek 1999* van het Nibud aangehecht als **Bijlage 1a** (huishouden twee volwassenen, p. 265) en **Bijlage 1b** (huishouden twee volwassenen en drie kinderen ingedeeld in leeftijdscategorieën, p. 276); in de jaarlijkse budgethandboeken zijn ook nog voor andere typen huishoudens voorbeeldbegrotingen opgenomen. Uit deze Voorbeeldbegrotingen blijkt dat een huishouden met twee volwassenen eerst bij een inkomen boven de fl. 4.000 een overschot had dat eventueel belegd kon worden (Bijlage 1a); en dat een huishouden met 3 kinderen zelfs bij een inkomen van fl. 7.000 nog geen te beleggen overschot overhield (Bijlage 1b).

Het eerste dat opvalt aan de Hof-formule is dat Hof Amsterdam een *eigen* formule heeft ontwikkeld. Anders dan de 'Risicometer Lenen' zoekt het Hof géén aansluiting bij de Voorbeeldbegrotingen voor oplopende inkomens maar bij de eveneens door het Nibud opgestelde norm voor een *minimaal* budget voor huishoudens met een *minimum* inkomen, de zogenaamde Nibud-basisnorm. Het hof merkt daarbij op, en in mijn ogen terecht, dat deze Nibud-basisnorm (a) een absoluut minimum betreft, en (b) geen rekening houdt met (geparafraseerd) de stijging van feitelijke bestedingen aan door het Nibud onderscheiden uitgavenposten naarmate het netto-inkomen stijgt.

Gezien juist dit veranderende uitgavenpatroon bij stijgend inkomen, waarbij particulieren méér uitgeven aan basisbehoeften en andere uitgavenposten naarmate zij meer verdienen, is opmerkelijk dat het hof géén aansluiting zoekt bij de eveneens door het Nibud ontwikkelde 'Voorbeeldbegrotingen' voor inkomens *boven* het minimum. Het hof introduceert zijn eigen correcties op het minimumbudget, zie nader par. 2.2 hieronder.

Terwijl het hof het uitgangspunt van het Nibud (hogere uitgaven, bij een hoger inkomen) overneemt, neemt het hof de door het Nibud ontwikkelde Voorbeeldbegrotingen voor het huishoudelijke budget *niet* over. Het hof motiveert niet waarom het hof wél het uitgangspunt van Nibud onderschrijft en overneemt maar *niet de cijfermatige uitwerking* van dat uitgangspunt door het Nibud gebaseerd op CBS gegevens. Dit komt mij voor als een inconsistentie.

2.2 Hoogte van Hof-correcties ontoereikend onderbouwd

In de plaats van de door het Nibud gehanteerde Voorbeeldbegrotingen voor oplopende inkomens te hanteren, maakt het hof, kennelijk naar eigen inzicht, zijn eigen correcties op de basisnorm: (a) een absolute (van het inkomen geabstraheerde) correctie van 10% van het minimum Nibud-budget en (b) een aan het inkomen gerelateerde correctie van 15% van het verschil tussen het netto-inkomen en het minimum Nibud-budget. Zoals opgemerkt, heeft het Hof de reden van de correcties toegelicht, maar het hanteren van één absolute correctie

[2] Zie http://www.nibud.nl. De Voorbeeldbegrotingen worden ook wel referentiecijfers genoemd.

en één inkomensgerelateerde correctie motiveert het hof niet. En belangrijker voor de uitkomst van de toepassing van de formule: De *hoogte* van de gekozen opslagpercentages van 10% en 15% motiveert het hof evenmin, een cijfermatige onderbouwing ontbreekt. De gekozen percentages komen daardoor over als willekeurig gekozen.[3]

2.3 Hoogte correcties beschouwd aan de hand van Hof-uitspraak in concreet geval

Toepassing van de Hof-formule in een concreet voorbeeld geeft inzicht in de werking daarvan en vereenvoudigt de beoordeling van de formule.

Bijlage A bij de uitspraak Hof Amsterdam 1 december 2009, LJN BK4978 geeft de berekening van de toepassing van de Hof-formule op een viertal effectenleaseovereenkomsten. De eerste berekening betreft een effectenleaseovereenkomst d.d. 12 september 1997: De afnemer, met een huishouden van twee volwassenen en één kind, heeft een netto-inkomen van € 1.977 per maand. Het hof berekent het voor dit huishouden benodigde budget op € 1.061,30 en de bestedingsruimte (inkomen minus leaselasten) op € 1.431,71 zodat er volgens het hof geen sprake is van een onaanvaardbaar zware financiële last. De lasten uit de diverse effectenleaseovereenkomsten bedroegen in dit geval € 371,11 (€ 115,15 van de beoordeelde overeenkomst, en € 57,83, € 113,47 en € 84,66 (samen € 255,96) van de overige drie overeenkomsten, in totaal € 371,11). Dat betekent dat het hof het financieel aanvaardbaar vindt dat deze afnemer maandelijks 19% van zijn inkomen besteedt aan inleg op effectenlease (€ 371,11/€ 1.977 x 100% = 19%; **Bijlage 2a** bij deze brief geeft een overzicht van deze en andere hierna genoemde berekeningen). Rekening houdend met een woonlast die € 174,18 hoger ligt dan de woonlast opgenomen in de Nibud-basisnorm, komt de inleg uit op 21% van de bestedingsruimte (na aftrek van die extra woonlast van het netto-inkomen).

Uit deze berekening blijkt óók dat het Hof het kennelijk aanvaardbaar oordeelt dat de afnemer, bovenop de inleg van € 371,11, nog eens een aanvullende inleg van € 370,41 per maand op zich zou nemen: de resterende bestedingsruimte komt eerst onder de bestedingsnorm volgens de Hof-formule indien de afnemer per maand, in totaal, meer dan € 741,52 inlegt op lease-producten (€ 371,11 plus € 370,41). Volgens de Hof-formule zou het voor deze afnemer derhalve aanvaardbaar zijn 38% van zijn netto-inkomen te besteden aan inleg op effectenlease, en zelfs 41% van de vrije bestedingsruimte na aftrek van de extra woonlasten (zie Bijlage 2a).

Deze door het Hof als verantwoord beschouwde beleggingsinleg, voor de overeenkomst d.d. 12 september 1997, staat in schril contrast met de berekeningen van het Nibud. Volgens de Nibud-Voorbeeldbegroting voor het jaar 1998 heeft een huishouden van twee volwassen en één kind met een inkomen van fl. 4.500 (guldens, gelijk aan € 2042,01) - na betaling van de vaste lasten, reserveringsuitgaven en huishoudelijke uitgaven- geen enkel overschot: zie **Bijlage 2b**, een kopie van het Budgethandboek 1998, p. 255. Volgens het Nibud ontstond eerst bij een inkomen van fl. 6.000 (€ 2.722,68) een overschot van fl. 295 (prijsniveau 1998). In bedoelde vaste lasten, reserveringsuitgaven en huishoudelijke uitgaven is geen post sparen of beleggen opgenomen – het overschot van fl. 295 bij een inkomen van fl. 6.000 zou wel, als ik het goed zie, beschikbaar zijn om te sparen of te beleggen.

[3] Al lijkt het geen toeval dat de gekozen percentages overeenkomen met de percentages uit de VFN Gedragscode 2008.

De beoordeling volgens de Hof-formule dat een afnemer met een inkomen van € 1.977 daarvan € 741,52 zou kunnen beleggen, zonder volgens het Hof een onaanvaardbaar zware financiële last op zich te nemen, is wel erg ver verwijderd van de door het Nibud vastgestelde feitelijke bestedingspatronen volgens de Nibud-Voorbeeldbegrotingen.

2.4 Hof betrekt duur van de verplichtingen niet in de beoordeling

De Hof-formule houdt geen enkele rekening met de *duur van de verplichtingen*.
De Hof-formule geeft slechts een norm voor de aanvaardbaarheid van de *maandelijkse* financiële last. Op geen enkele wijze is in de formule verdisconteerd dat nakoming door de afnemer van diens verplichtingen vereist dat hij tot wel twintig jaar een deel van zijn netto-inkomen inlegt. Aangenomen dat het inkomen gelijk blijft, betekent dit dat het hof het aanvaardbaar oordeelt dat een afnemer met een inkomen van € 1.977 gedurende een periode van twintig jaar 38% van het netto-inkomen inlegt op een beleggingsproduct.

De branche van kredietverstrekkers hanteert als uitgangspunt bij de toetsing van de draagbaarheid van de last uit hoofde van niet-hypothecair krediet dat de kredietnemer in staat moet zijn om binnen vijftig maanden het krediet af te lossen. Vandaar dat de VFN gedragscode uitgaat van een fictieve betalingsverplichting van 2% van de kredietsom. De norm van het Hof gaat voorbij aan dat uitgangspunt ten nadele van de consument.

2.5 Vergelijking 'toelaatbare last' effectenlease met last schuldsanering

Uit berekeningen blijkt dat de door Hof Amsterdam kennelijk als toereikend aanvaarde, resterende bestedingsruimte –na aftrek van de aanvaardbaar geachte maandlasten voor de leaseproducten- nauwelijks afwijkt van het *vrij te laten bedrag* zoals dat door Recofa is vastgesteld voor toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling (Recofa-rekenmethode vtlb). In de schuldsaneringsregeling wordt van de schuldenaar gevergd op het niveau van het vrij te laten bedrag rond te komen gedurende een periode van, in beginsel drie jaar, en maximaal vijf jaar.

Een van de doelstellingen van de wetgever is om te voorkomen dat een schuldenaar 'levenslang' door zijn schuldeisers wordt achtervolgd. Uit de Hof-formule blijkt dat Hof Amsterdam het kennelijk aanvaardbaar oordeelt dat een aanbieder een effectenleaseovereenkomst aanbiedt, zelfs zonder te waarschuwen voor de gevolgen en risico's verbonden aan de lange duur van de overeenkomst en de inlegverplichtingen, die de afnemer noodzaakt om twintig jaar op het bestaansniveau van de schuldsaneringsregeling rond te komen. Het in de ogen van het Amsterdamse hof toelaatbare beleggingsregime via effectenlease is zwaarder dan het wettelijke schuldsaneringsregime. Het hof accepteert immers dat de belegger twintig jaar op een minimumniveau rond moet zien te komen terwijl van de schuldenaar in de schuldsaneringsregeling slechts gevergd wordt drie jaar op dat bestaansniveau te leven.

3. Samenvatting en conclusies

3.1 Voor de toetsing van de aanvaardbaarheid van de financiële last die de effectenlease op de afnemer legt, heeft Hof Amsterdam een eigen formule ontwikkeld. Deze Hof-formule zoekt deels aansluiting bij de objectief te noemen Nibud-basisnorm. Waar het gaat om het bestedingspatroon van inkomens boven het minimum introduceert Hof Amsterdam eigen correcties: een opslag van 10% van de basisnorm, en een opslag van 15% van het verschil tussen inkomen en de basisnorm. Uit de Nibud-begrotingen blijkt echter dat, bij een stijging van het inkomen, de besteding aan (basisbedragen voor) vaste lasten, reserveringsuitgaven en huishoudelijke uitgaven, met *grotere* percentages toeneemt. De Hof-formule acht aanvaardbaar dat een afnemer (met een huishouden van twee volwassenen en een kind) tot 38% van zijn inkomen van minder dan € 2.000 inlegt op effectenleaseproducten. Inleg van zo'n groot deel van het inkomen lijkt reeds op het eerste gezicht onhoudbaar, maar vindt ook geen steun in de voorbeeldbegrotingen van het Nibud die eerst bij aanzienlijk hogere inkomens een beperkt overschot laten zien dat zou kunnen worden aangewend voor sparen of beleggen.

3.2 De Hof-formule miskent bovendien de lange duur van de inlegverplichtingen (oplopend tot twintig jaar). Als gevolg van die lange duur gaat de last veelal zwaarder drukken o.a. door verandering van omstandigheden (bijv. echtscheiding, ontslag, gezinsuitbreiding), onvoorziene uitgaven en, meer in het algemeen, de grote beperking van de bestedingsvrijheid van de afnemer voor een relatief lange periode van zijn leven. Het feit dat de afnemer de effectenlease gedurende een initiële periode niet, althans niet zonder aanzienlijke boetes kan opzeggen maakt de lange duur van de inlegverplichtingen m.i. nog zwaarwegender bij de beoordeling van de (on)aanvaardbaarheid van de financiële last.

3.3 Hoge Raad en Hof Amsterdam hebben beide geoordeeld dat de aanbieder van de complexe en risicovolle effectenlease producten in beginsel gehouden is *alle* door de afnemer geleden schade te vergoeden. In de uitwerking door Hof Amsterdam van dit uitgangspunt, via de berekening volgens de Hof-formule van de 'onaanvaardbaar zware financiële last', worden de rollen in de meeste gevallen omgedraaid: de afnemer blijft een groot deel van zijn leven in een financieel uitzichtloze positie terwijl de aanbieder vrijuit gaat.

Tot zover mijn opinie. Indien u nog een nadere mondelinge of schriftelijk toelichting zou wensen, of aanleiding ziet aanvullende vragen te stellen, verneem ik dat gaarne van u.

Hoogachtend,

Arnoud J. Noordam

Bijlagen 1a en 1b, 2a en 2b.

Oranje Nassaulaan 5, Amsterdam Postbus 75280, 1070 AG Amsterdam
Telefoon 020 - 68 98 123 Fax 020 - 68 98 885 www.noordamadvocatuur.nl