

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 164 d.d. 7 juli 2011 (mr. C.E. du Perron, voorzitter)

Samenvatting

Vanwege een betaalachterstand is de bank overgegaan tot ontbinding van de effectenlease-overeenkomst van Consument. Consument heeft gesteld dat deze ontbinding niet had mogen plaatsvinden omdat de bank haar niet schriftelijk in gebreke zou hebben gesteld.

Partijen zijn contractueel overeengekomen dat de bank consument schriftelijk in gebreke dient te stellen op het moment dat sprake is van een betaalachterstand. Het is aan de bank om aan te tonen dat de ingebrekestelling Consument heeft bereikt. Aangeslotene is in dat bewijs niet geslaagd. De Commissie heeft daarbij onder meer in aanmerking genomen dat het hier gaat om een maatregel met potentieel grote consequenties als het verkopen van effectenwaarden en dat het, zeker voor een professionele partij als Aangeslotene, eenvoudig is een verzendwijze te kiezen waarbij komt vast te staan dat Consument schriftelijke mededelingen ook heeft ontvangen.

De Commissie oordeelt dat de bank Consument in die positie dient terug te brengen waarin deze zou hebben verkeernd indien Aangeslotene de effectenlease-overeenkomst niet zou hebben ontbonden.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen 28 januari 2010;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 19 augustus 2010;
- de repliek van Consument d.d. 14 september 2010;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 12 oktober 2010.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

De Commissie heeft vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft vastgesteld dat het geschil zich leent voor een schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 16 van haar Reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 Consument heeft in 1998 een overeenkomst X gesloten met de rechtsvoorgangster van Aangeslotene.
- 2.2 Op grond van deze overeenkomst "least" Consument voor een ononderbroken periode van 180 maanden en voor een bedrag van in totaal 7.958 aandelen die Aangeslotene voor haar heeft aangekocht. De leasesom bedraagt het totaal van 180 gelijke maandtermijnen van f 102,97. Zodra Consument al haar financiële verplichtingen uit de

overeenkomst is nagekomen, wordt zij automatisch eigenaar van de aandelen. Op de effectenlease-overeenkomst van partijen zijn de "Bijzondere voorwaarden Y van de Bank van toepassing.

- 2.3 Betaling van de verschuldigde maandtermijnen geschiedt volgens de overeenkomst uitsluitend door middel van een automatische bankincasso. Door ondertekening van de overeenkomst heeft Consument Aangeslotene gemachtigd de betreffende bedragen van haar bankrekening af te schrijven.
- 2.4 Artikel 6 van de Bijzondere Voorwaarden Y bepaalt dat Aangeslotene gerechtigd is het onbetaalde restant van de totaal overeengekomen leasesom in zijn geheel op te eisen en de waarden te verkopen op het moment dat Consument na schriftelijke ingebrekestelling nalatig blijft met het betalen van één of meer termijnen of enige andere verplichting uit hoofde van de overeenkomst X.
- 2.5 Vanaf juni 2006 werden herhaaldelijk betalingen gestorneerd en is Aangeslotene overgegaan tot het verrekenen van dividenduitkeringen met ontstane betalingsachterstanden. Na (schriftelijke en telefonische) sommaties tot betaling ging Consument evenwel steeds over tot betaling van het openstaande bedrag.
- 2.6 Vanaf augustus 2008 bleef Consument opnieuw nalatig met het betalen van de verschuldigde termijnen.
- 2.7 Omdat betaling uitbleef, heeft Aangeslotene op 8 december 2008 de overeenkomst beëindigd en de effecten verkocht. Op 12 december 2008 ontving Consument hierover een brief van Aangeslotene, met daarbij gevoegd de eindafrekening en het verzoek het openstaande bedrag ad € 1.025,88 te voldoen.

3. Geschil

- 3.1. Consument vordert dat zij, voorzover mogelijk, in de toestand zal worden gebracht als ware de overeenkomst nimmer beëindigd en financiële compensatie voor de door haar geleden schade. Consument heeft deze schade niet gespecificeerd.
- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
 - Aangeslotene is op grond van artikel 6 van de Bijzondere Voorwaarden Y, maar ook op grond van de redelijkheid en billijkheid, pas gerechtigd om het onbetaalde restant van de totaal overeengekomen leasesom in zijn geheel op te eisen en de waarden te verkopen indien zij Consument eerst schriftelijk in gebreke heeft gesteld. Een schriftelijke herinnering, aanmaning of ingebrekestelling heeft Consument, die van een betalingsachterstand niet op de hoogte was, evenwel niet bereikt, noch heeft Consument in deze periode telefonisch contact gehad met Aangeslotene. Aangeslotene was mitsdien niet gerechtigd de overeenkomst te beëindigen.
 - Aangeslotene heeft niet aangetoond dat zij de ingebrekestelling aangetekend heeft verstuurd, noch dat deze brief Consument heeft bereikt. Een uitdraai uit het logstelsel van Aangeslotene kan niet dienen als bewijs.
 - Aangeslotene dient de BKR registratie verband houdende met deze kwestie door te laten halen, voor zover de registratie reeds heeft plaatsgevonden, nu deze registratie onrechtmatig is geweest.
- 3.3. Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.

- Aangeslotene heeft Consument schriftelijk in gebreke gesteld alvorens tot beëindiging van de overeenkomst over te gaan.
- Aangeslotene acht het onwaarschijnlijk dat Consument geen van haar brieven zou hebben ontvangen, temeer daar haar laatste brief aangetekend is verzonden en zij deze niet retour heeft ontvangen. Ter bewijsvoering van haar stelling heeft Aangeslotene een uitdraai van haar administratie overgelegd. Hierin zijn alle contactmomenten gelogd. Onder meer blijkt daaruit dat Aangeslotene Consument vanwege betalingsachterstanden op 5 september (voor een bedrag van € 45,94) en 6 oktober 2008 (voor een bedrag van € 115,43) een aanmaning heeft gezonden, op 27 oktober 2008 om 17:57 uur en op 3 november 2008 om 19:28 uur heeft gebeld en op 6 november 2008 schriftelijk in gebreke heeft gesteld. Voorts bevreedt het Aangeslotene dat Consument geen betalingsherinneringen zou hebben ontvangen, omdat zij zo nu en dan met acceptgiro's betaalde die gehecht waren aan de schriftelijke betalingsherinneringen van Aangeslotene.
- Vanaf 2006 was er meermaals sprake van een betaalachterstand. Hierover hebben partijen regelmatig contact gehad. Consument was zodoende op de hoogte van haar betalingsverplichtingen jegens Aangeslotene uit hoofde van de overeenkomst X.
- Aangeslotene is verplicht achterstanden te melden bij het BKR. Dit staat ook vermeld in artikel 12 van de Bijzondere Voorwaarden Y.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde, overweegt de Commissie als volgt.

- 4.1 Op de tussen partijen bestaande effectenlease-overeenkomst zijn de Bijzondere Voorwaarden Y van toepassing. In artikel 6 van die voorwaarden is bepaald dat Aangeslotene, indien Consument nalatig blijft met het betalen van één of meer termijnen, Consument schriftelijk in gebreke dient te stellen.
- 4.2 Aangeslotene stelt dat sprake was een achterstand en dat zij dientengevolge, zoals contractueel bepaald, Consument schriftelijk in gebreke heeft gesteld. Consument betwist de ontstane achterstand niet, doch stelt dat zij van Aangeslotene geen schriftelijke ingebrekestelling heeft ontvangen.
- 4.3 De Commissie stelt vast dat partijen zijn overeengekomen dat Aangeslotene Consument schriftelijk in gebreke dient te stellen. Nu Consument evenwel stelt dat zij geen schriftelijke ingebrekestelling heeft ontvangen, is het ex artikel 3:37 BW aan Aangeslotene om aan te tonen dat de ingebrekestelling Consument heeft bereikt. De Commissie oordeelt dat de door Aangeslotene overgelegde brief (ingebrekestelling), noch de door haar overlegde schermprinten uit haar administratie daarvoor voldoende bewijs vormen en concludeert dat Aangeslotene er niet in is geslaagd aan te tonen of voldoende aannemelijk te maken dat Consument de schriftelijke ingebrekestelling heeft ontvangen. Daarbij neemt de Commissie in aanmerking dat het hier gaat om een maatregel met potentieel grote consequenties als het verkopen van effectenwaarden en dat het, zeker voor een professionele partij als Aangeslotene, eenvoudig is een verzendwijze te kiezen waarbij komt vast te staan dat Consument schriftelijke mededelingen ook heeft ontvangen. Voorts neemt de Commissie in aanmerking dat Aangeslotene weliswaar heeft gesteld dat zij Consument over de nieuwe

betalingsachterstanden heeft gebeld, maar niet of zij Consument daarbij ook heeft bereikt. Tot slot neemt de Commissie in aanmerking dat de betalingen die Consument heeft verricht op grond van acceptgiro's die aan een betalingsherinnering waren gehecht, naar zij begrijpt, dateren van vóór het ontstaan van de achterstand op grond waarvan Aangeslotene de overeenkomst heeft beëindigd.

- 4.4 Het voorgaande leidt tot de gevolgtrekking dat Consument niet in verzuim is geraakt, geen rechtsgeldige ontbinding van de effectenlease-overeenkomst heeft plaatsgevonden en de effectenlease-overeenkomst derhalve na 8 december 2008 is blijven voortbestaan. Dit brengt mee dat Aangeslotene Consument in die positie dient terug te brengen waarin deze zou hebben verkeerd indien Aangesloten de effectenlease-overeenkomst niet zou hebben ontbonden en dat Consument, naast haar achterstand, de na 8 december 2008 verschuldigd geworden maandtermijnen aan Aangeslotene dient te voldoen.

Omdat de Commissie geen veroordelingen ten laste van Consument kan uitspreken, en Aangeslotene die (dan ook) niet heeft gevorderd, zal zij de beslissing ten aanzien van Aangeslotene op dit punt afhankelijk stellen van betaling door Consument van het aan Aangeslotene verschuldigde. Partijen kunnen desgewenst in onderling overleg tot een andere wijze van afwikkeling komen.

- 4.5 Voorzover hieruit voortvloeit dat Aangeslotene op grond van het Algemeen Reglement BKR niet tot aanmelding van een achterstand bij het Bureau Kredietregistratie had behoren over te gaan, omdat zij Consument niet tijdig op de gevolgen van wanbetaling heeft gewezen, dient Aangeslotene die aanmelding ongedaan te maken, althans daaraan haar medewerking te verlenen. De Commissie zal op dit punt geen veroordeling uitspreken, omdat zij zich niet kan uitspreken over zaken waarover de geschillencommissie BKR bevoegd is.
- 4.6 Het meer of anders gevorderde betreft geen schade die in causaal verband staat met een aan Aangeslotene toe te rekenen tekortkoming en wordt derhalve afgewezen.
- 4.7 Nu Consument in het gelijk wordt gesteld dient Aangeslotene de door Consument in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50,- te vergoeden.

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies:

- dat de effectenlease-overeenkomst na 8 december 2008 is blijven voortbestaan;
- dat Aangeslotene Consument in die positie terug dient te brengen waarin deze zou hebben verkeerd indien Aangeslotene de effectenlease-overeenkomst niet zou hebben ontbonden;
- dat Aangeslotene aan deze verplichting dient te voldoen binnen een termijn van twee weken na de dag waarop Consument haar zowel de vóór 8 december 2008 ontstane betalingsachterstand, als de na 8 december 2008 verschuldigd geworden maandtermijnen heeft voldaan;
- dat Aangeslotene aan Consument vergoedt de eigen bijdrage die aan de behandeling van deze klacht is verbonden, zijnde € 50,--.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak.