

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-346 d.d. 20 december 2012

(mr. J. Wortel, voorzitter en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

De Commissie stelt vast dat de in het in deze zaak nog toepasselijke artikel 10.1 onder a van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (zoals het Reglement luidde tot 6 oktober 2011) opgenomen termijn van één jaar tussen a) het tijdstip waarop Consument van de feiten waarop het geschil betrekking heeft kennis heeft genomen of redelijkerwijs had kunnen nemen en b) het tijdstip waarop de klacht aan de Aangeslotene is voorgelegd, is verstreken. Consument wordt derhalve, nu Aangeslotene ter zake verweer voert, in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaard.

I. 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 21 maart 2011;
- de brief van de gemachtigde van Consument d.d. 12 mei 2011;
- het verweer namens Aangeslotene met bijlagen d.d. 22 augustus 2011;
- de repliek van consument met bijlagen d.d. 17 oktober 2011;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 15 december 2011;
- de brief van de gemachtigde van Consument met bijlagen d.d. 2 april 2012;
- de brief van de gemachtigde van Consument aan de Aangeslotene d.d. 16 augustus 2012.

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 37 van haar Reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument heeft op of omstreeks 18 december 2001 voor het Product een Aanvraagformulier voor een tiental ‘pakketten’ ondertekend. Op dezelfde datum ondertekende hij de overeenkomst ‘Aanvullende bepaling behorende bij de overeenkomst Het Product, hierna “de aanvullende overeenkomst”. Door ondertekening van die overeenkomst heeft Consument verklaard in totaal tien overeenkomsten voor het Product te willen sluiten. De contracten zijn bij Aangeslotene geadministreerd onder de nummers 0 t/m 00.

2.2 Door ondertekening van het aanvraagformulier heeft Consument de toepasselijkheid van de “Algemene Voorwaarden Het Product” en de “Algemene Voorwaarden van

banken" aanvaard. De bijbehorende (totale) kredietlimiet beliep een bedrag van € 70.000,-. De maandelijks (totaal) verschuldigde rentevergoedingen bedroegen € 555,10 (€ 55,51 per overeenkomst).

2.3 Het Product heeft onder meer de volgende kenmerken die in de overeenkomsten ook vermeld zijn:

- Aangeslotene belegt voor rekening en risico van Consument per overeenkomst € 7.000,00 in negen in de AEX index opgenomen fondsen;
- Aangeslotene leent dit bedrag aan Consument tegen een maandelijks achteraf te betalen rente die effectief 9,9% per jaar bedraagt;
- het Product heeft een looptijd van vijf jaar, met - op verzoek - een verlengingsmogelijkheid van maximaal tien jaar; aan deze eventuele verlengingen zijn nog nadere voorwaarden gesteld;
- na vijf jaar - behoudens verlenging - verkoopt Aangeslotene de fondsen waarna zij de opbrengst van die verkoop - onder aftrek van 1% verkoopkosten - gebruikt ter aflossing van de uitstaande lening. Een daarna resterend surplus keert zij aan Consument uit, terwijl een eventueel resterend tekort door hem binnen veertien dagen moet worden aangezuiverd;
- indien de waarde van de onderliggende effecten groter is dan de inleg wordt door Aangeslotene jaarlijks ter vermindering van de lasten van Consument aan deze een bedrag ad € 210,00 per overeenkomst uitgekeerd, zijnde 3% van de inleg in euro;
- ingeval op de aandelen contante dividenden beschikbaar worden gesteld, worden die aan Consument uitgekeerd; stockdividenden worden aan het beleggingsdepot toegevoegd.

2.4 Aangeslotene is een intermediairmaatschappij en de verkoop van haar producten verloopt via tussenpersonen. In het geval van Consument was dat A Groep B.V.. Door tussenkomst van A heeft Consument op 18 december 2001 een aanvraagformulier voor het product ondertekend. Op advies van A heeft Consument, getuige de nota van afrekening d.d. 6 februari 2002, een bedrag van € 18.151,21 (f 40.000,-) gestort op een spaarrekening bij Aangeslotene. Aangaande deze spaarrekening heeft Aangeslotene bij brief van 22 februari 2002 de opening van deze spaarrekening aan Consument bevestigd. Zij schrijft hierbij tevens: "(...) Deze rekening is uitsluitend bedoeld om de maandtermijnen van uw hefbo(o)men te incasseren".

2.5 Partijen hebben in de aanvullende overeenkomst de afspraak neergelegd dat niet eerder tot aankoop van effecten zou worden overgegaan dan nadat de akte van de overeenkomst van geldlening van Consument zou zijn gepasseerd. Deze akte is op 13 februari 2002 gepasseerd.

2.6 Bij brief van 26 februari 2002 bevestigt Aangeslotene aan Consument aandelen te hebben aangekocht. De eerste rentetermijn bedraagt € 38,86 aangezien er sprake was van een gebroken maandtermijn, in het vervolg werd er per overeenkomst maandelijks een bedrag van € 55,51 aan rente geïncasseerd. De rentelasten werden geïncasseerd van het daartoe bestemde spaarrekeningnummer. Hierop werden tevens de uitgekeerde dividenden alsmede de opbrengst van de jaarlijkse 3%-verkoop van de initiële inleg gestort.

- Bij brief van 27 februari 2002 heeft Aangeslotene Consument een bevestiging van de aankoop d.d. 25 februari 2002 van de AEX-fondsen, met een totaal aankoopbedrag van € 7.000,00, uit hoofde van overeenkomst nummer 01 bevestigd.
- 2.7 Per e-mailbericht van 24 februari 2003 heeft Consument zich tot Aangeslotene gewend met een verzoek tot aanpassing van het rentepercentage. Hierop heeft Aangeslotene Consument bij brief van 5 maart 2003 (coulancehalve) aangeboden om de rente voor alle betrokken (tien) overeenkomsten met 1% punt te verlagen. Consument heeft dit aanbod aanvaard, waardoor een (nieuw) effectief rentepercentage van 8,9% van toepassing is geworden en de maandelijkse rentelasten per overeenkomst voortaan € 50,- bedroegen.
- 2.8 In verband met zijn financiële situatie (hoogte maandlasten) heeft Consument zich op 18 februari 2005 per e-mail (via A) tot Aangeslotene gewend met een verzoek tot aanpassing van de rente. Aangeslotene reageert in haar brief van 27 april 2005 onder meer als volgt:
“Na bestudering van het bovengenoemde dossier en intern overleg is gebleken dat er volgens de gedragscode schuldregeling van de Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet (NVVK) géén sprake is van een problematische schuldsituatie. (...) Wij zien derhalve geen aanleiding om de bestaande overeenkomsten van het product aan te passen (...).”
- 2.9 Aangeslotene heeft zich op 16 januari 2007 schriftelijk tot Consument gewend in verband met het naderende einde van de (initiële) looptijd van de overeenkomsten (vijf jaar). Aangeslotene wijst hierin onder meer op het slechte economische (beurs)klimaat en de mogelijkheid dat Consument in geval van verkoop van de aandelen met een restschuld wordt geconfronteerd. Voorts wijst zij in haar brief Consument op de contractueel overeengekomen mogelijkheid om de looptijd van de overeenkomsten voor de duur van vijf jaar te verlengen alsmede het feit dat ook in dergelijk geval het risico van koersdaling aanwezig blijft. In de brief is tevens vermeld dat indien Consument er voor kiest om de overeenkomst(en) voort te zetten tegen een variabele rente, Consument geen actie hoeft te ondernemen. Aangeslotene heeft Consument daarbij verzocht om indien Consument de overeenkomsten wenste te beëindigen en Aangeslotene tot verkoop van de effecten over zou moeten gaan, Consument daartoe het (door Consument ingevulde) formulier “verkoopopdracht” aan Aangeslotene te zenden. Dit heeft Consument niet gedaan; de looptijd van de overeenkomsten is (dientengevolge) voor de duur van vijf jaar verlengd.
- 2.10 Bij brief van 16 februari 2010 heeft de gemachtigde van Consument Aangeslotene aansprakelijk gesteld.
- 2.11 Per e-mailbericht van 28 mei 2010 heeft Aangeslotene Consument een schadeberekening verzonden. Aangeslotene heeft zich op basis van de door Consument aangeleverde informatie op het standpunt gesteld dat er geen sprake was van een “onaanvaardbaar zware last”. Consument heeft zich niet met de door Aangeslotene gehanteerde wijze van berekenen kunnen verenigen en heeft Aangeslotene bij brief van 13 juli 2010 een andere schadeberekening verstuurd.
- 2.12 Op 8 oktober 2010 heeft Consument een directieklacht ingediend bij Aangeslotene. Bij brief van 21 januari 2011 heeft de directie van Aangeslotene de klacht van

Consument definitief afgewezen. Aangeslotene heeft zich daarbij met name op het standpunt gesteld dat Consument ten tijde van het afsluiten van de overeenkomsten niet kon worden aangemerkt als een onwetende belegger alsmede dat partijen in 2003 reeds een akkoord hebben bereikt, waarbij het rentepercentage is verlaagd.

3. Geschil

- 3.1 Consument vordert beëindiging van de overeenkomsten, bepaling van de omvang van de schade en vergoeding van deze (aldus berekende) schade door Aangeslotene. Consument vordert voorts over het door Aangeslotene terug te betalen bedrag de wettelijke rente vanaf de ingangsdatum van de overeenkomsten, conform de bestaande jurisprudentie. Daarnaast vordert Consument vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten.
- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende stellingen.
- Aangeslotene is toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar (precontractuele) zorgplicht. Aangeslotene heeft Consument (immers) niet gewezen op de risico's van het Product, waaronder de mogelijkheid van een restschuld.
 - Tevens heeft Aangeslotene nagelaten om goed te onderzoeken of Consument de maandelijkse lasten voortvloeiend uit de bij het Product behorende verplichtingen zou kunnen dragen.
 - Op basis van jurisprudentie (met name van het Hof Amsterdam: BK4983, BK4981, BK4982 en BK4987) dient Aangeslotene in geschillen als deze 2/3 van de schade van Consument te vergoeden; 1/3 van de schade blijft voor rekening van Consument. Aangeslotene dient hierbij tevens de wettelijke rente over de schadevergoeding te voldoen.
 - Consument heeft juridische bijstand in moeten roepen, de kosten hiervan dienen te worden vergoed. Consument maakt aanspraak op vergoeding van de buitengerechtelijke kosten. Rekening houdende met de staffel volgens Rapport Voorwerk II bedragen deze kosten € 833,-.
 - Anders dan Aangeslotene beweert, kon Consument niet als een ervaren belegger worden aangemerkt.
 - Consument heeft in een eerder stadium, in 2003, een klacht ingediend, doch deze is niet naar tevredenheid van Consument afgewikkeld. Er is geen sprake van een vaststellingsovereenkomst.
 - Aangeslotene wordt door Consument aansprakelijk gehouden voor de handelingen die door A zijn verricht.
- 3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren aangevoerd.
- Consument is in deze klacht niet-ontvankelijk. Aangeslotene doet hiertoe nadrukkelijk een beroep op het bepaalde in artikel 10.1 sub a van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (oud). Zij voert hiertoe het volgende aan. Allereerst is Consument in 2003 akkoord gegaan met een renteverlaging, hiermee is het geschil opgelost. Voorts klaagt Consument over feiten die in een te ver verleden liggen. Immers, na 5 maart 2003 (de datum van de overeengekomen renteverlaging) reageert Consument pas weer per e-mailbericht van 18 februari 2005;

Aangeslotene reageert hierop bij brief van 1 maart 2005. Consument laat vervolgens een termijn van vijf jaar verstrijken alvorens hij per brief van 16 februari 2010 wederom (dezelfde) klachten uit. Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat meer dan één jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop Consument van de feiten waarop het geschil betrekking heeft kennis heeft genomen of redelijkerwijs heeft kunnen nemen en het tijdstip waarop de klacht (wederom) aan Aangeslotene is voorgelegd (te weten 5 maart 2003 respectievelijk 16 februari 2010).

- Aangeslotene stelt haar zorgplicht niet te hebben geschonden, zij heeft hier juist uitvoering aan gegeven door bij Consument vóór het aangaan van de overeenkomsten een financiële toets te hebben uitgevoerd. De wet- en regelgeving op het gebied van effectenlease stelt daarbij geen vereisten aan de wijze waarop deze toets(ing) plaats dient te vinden. Uit de door Aangeslotene uitgevoerde inkomenstoets bleek dat Consument de financiële verplichtingen voortvloeiend uit de overeenkomsten kon dragen. Consument was voorts geen onwetende belegger ten tijde van het afsluiten van de overeenkomsten omdat hij reeds beleggingsrekeningen had lopen bij een andere financiële dienstverlener en daarnaast ook al andere aandelenlease-overeenkomsten had afgesloten. Er is, gelet op het voorgaande, sprake van een (geheel) andere situatie dan zoals bedoeld in de door de gemachtigde van Consument aangehaalde jurisprudentie.
- Aangeslotene wijst, met uitvoerige verwijzing naar jurisprudentie, het beroep op dwaling aan de zijde van Consument en andere gronden voor vernietiging van de overeenkomsten af.
- De informatieverstrekking in de overeenkomst, de algemene voorwaarden en het aanvraagformulier is helder, en wordt daarin onmiskenbaar gesproken over beleggingen en over het verstrekken van een lening die terugbetaald moet worden, terwijl ook de mogelijkheid van een restschuld wordt genoemd. Aangeslotene wijst op de eigen verantwoordelijkheid van de belegger.
- Ter zake van verwijten met betrekking tot het niet nakomen van een zorg- en informatieplicht wijst Aangeslotene erop dat geen sprake is van vermogensbeheer of een adviesrelatie, en dat voor alle cliënten een acceptatietoets is uitgevoerd, waaronder een BKR- en een inkomenstoets. Mocht Aangeslotene toch verantwoordelijk worden gehouden dan stelt zij zich op het standpunt dat haar verplichting tot schadevergoeding geen betrekking kan hebben op de door Consument betaalde rente aangezien, in de lijn van uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam en de Hoge Raad, niet kan worden vastgesteld dat de overeenkomsten een “onaanvaardbaar zware last” op Consument hebben gelegd. Voorts beroept Aangeslotene zich op matiging van haar schadevergoedingsplicht, aangezien Consument met het aangaan van de overeenkomsten een risico heeft aanvaard. Wat betreft de vaststelling van een eventuele schade wijst Aangeslotene er verder nog op dat de aan Consument uitbetaalde dividenden op de door hem gestelde schade in mindering moeten worden gebracht
- Aangeslotene acht zich niet verantwoordelijk voor het handelen of nalaten van A. A kan niet als hulppersoon van Aangeslotene worden beschouwd, laat staan dat Aangeslotene aansprakelijk zou zijn voor handelingen en gedragingen van A.

- De overeenkomsten zijn nog niet beëindigd. Of aan het eind van de looptijd sprake zal zijn van een restschuld staat thans dan ook niet vast. Consument heeft (nog) geen schade geleden, noch valt thans met zekerheid aan te geven of hiervan te zijner tijd sprake zal zijn.
- Consument komt geen vergoeding van buitengerechtelijke kosten toe.

4. Beoordeling

- 4.1 Alvorens de Commissie tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil kan komen, dient allereerst te worden beslist op het door de Aangeslotene gevoerde verweer omtrent de ontvankelijkheid van Consument in verband met het tijdsverloop. In dit kader overweegt de Commissie als volgt.
- 4.2 De Commissie stelt vast dat Consument zich per e-mailbericht van 24 februari 2003 tot Aangeslotene heeft gewend met een verzoek tot aanpassing van het op het Product van toepassing zijnde rentepercentage. Naar aanleiding hiervan heeft Aangeslotene Consument bij brief van 5 maart 2003 (coulancehalve) aangeboden om de rente voor alle betrokken (tien) overeenkomsten met 1% punt te verlagen. Dit aanbod heeft Consument aanvaard, waardoor een (nieuw) effectief rentepercentage van 8,9% van toepassing is geworden en de maandelijkse rentelasten per overeenkomst voortaan € 50,- bedroegen.
- 4.3 Voorts stelt de Commissie vast dat Consument zich per e-mailbericht van 18 februari 2005 wederom (via zijn tussenpersoon) tot Aangeslotene heeft gewend met een verzoek tot aanpassing van het rentepercentage. In zijn e-mail schrijft Consument onder andere dat het wijzigen van zijn hypotheek de grootste fout was die hij ooit in zijn leven had gemaakt, en hij verzoekt zijn tussenpersoon Aangeslotene “er toe te bewegen om de absurd hoge rente die zij voor het Product rekent te laten verlagen”. Tevens gaf Consument in dit e-mailbericht aan dat “Aangeslotene maar één mooie prognose heeft getoond en dat een prognose met wat er gebeurt bij een waardedaling niet is getoond, kwalijke zaak.” Bij brief van 27 april 2005 heeft Aangeslotene het verzoek van Consument afgewezen.
- 4.4 Gelet op het voorgaande oordeelt de Commissie dat Consument reeds in de periode 2003-2005 duidelijk kennis had genomen van de feiten waarop het geschil betrekking heeft. Uit de door Consument verzonden e-mailberichten maakt de Commissie op dat het op dat moment voor Consument duidelijk was dat de door hem gesloten overeenkomsten niet aan zijn verwachtingen voldeden en deze om die reden niet passend waren. Eerst bij brief van 16 februari 2010, bijna vijf jaar later, heeft Consument zijn klacht bij Aangeslotene ingediend en Aangeslotene aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade.
- 4.5 Uit het voorgaande volgt dat de in artikel 10.1 onder a van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (oud) opgenomen termijn van één jaar tussen a) het tijdstip waarop Consument van de feiten waarop het geschil betrekking heeft kennis heeft genomen of redelijkerwijs had kunnen nemen en b) het tijdstip waarop de klacht aan de Aangeslotene is voorgelegd, is overschreden. Consument zal derhalve, nu Aangeslotene ter zake verweer voert, in zijn vorderingen

niet-ontvankelijk verklaard moeten worden. Voor zover de stellingen van Consument zó moeten worden begrepen dat op de behandeling van zijn klacht het op 6 oktober 2011 in werking getreden Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening toegepast moet worden, waarin de hiervoor genoemde termijn niet voorkomt, kunnen zij niet tot een ander oordeel leiden omdat de onmiddellijke toepassing van dat (gewijzigd) Reglement de Aangeslotene, gelet op haar ter zake gevoerde verweer, onredelijk zou benadelen.

- 4.6 De stelling van Consument dat in de periode 2003-2005 het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (en haar reglementen) nog niet bestonden en dat van Consument niet verwacht hoeft te worden dat hij moest handelen naar regelingen die toen nog niet bestonden, kan evenmin tot een ander oordeel voeren. In deze periode was er de mogelijkheid een klacht als de onderhavige in te dienen bij de Klachtencommissie Dutch Securities Institute. Er is niet gebleken van enige verhindering aan de kant van Consument om die weg te bewandelen, en in het Reglement van de Klachtencommissie Dutch Securities Institute was eenzelfde bepaling als artikel 10.1 a van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (oud) opgenomen.
- 4.7 Gelet op het voorgaande concludeert de Commissie dat Consument niet-ontvankelijk is in zijn klacht en om deze reden komt de Commissie niet toe aan de inhoudelijke behandeling van deze zaak.
- 4.8. In de omstandigheid dat bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening veel eerder opgemerkt had behoren te worden dat overschrijding van de hiervoor bedoelde termijn aan inhoudelijke behandeling van de klacht in de weg staat, vindt de Commissie aanleiding te bepalen dat de door de Consument betaalde eigen bijdrage van € 50,- aan hem moet worden terugbetaald.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat Consument in haar verzoek om geschilbeslechting niet-ontvankelijk is. De Commissie bepaalt dat de door Consument betaalde eigen bijdrage van € 50,- aan haar zal worden terugbetaald.

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.