

Beslissing Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-124 d.d. 24 april 2013

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

Samenvatting

De Commissie stelt vast dat de betrokken Consument zowel naar haar oude Reglement als naar haar huidige Reglement niet ontvankelijk is in zijn verzoek om klachtbehandeling. De Commissie komt tot dit oordeel aangezien Consument niet binnen een redelijke termijn na gewaarwording van de feiten waarop zijn klacht betrekking heeft, een klacht daarover heeft ingediend bij Aangeslotene. De Commissie ziet, gelet op het belang van deze beslissing voor de vele soortgelijke klachten die aan haar zijn voorgelegd, aanleiding beroep open te stellen bij de Commissie van Beroep.

I. Procedure

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief van de gemachtigde van Consument, inhoudende het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen 31 mei 2011;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 2 augustus 2011 met als bijlage het door Consument ingevulde vragenformulier;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 21 oktober 2011 met als bijlage de door Consument ondertekende verklaring;
- het verweer van Aangeslotene van 22 december 2011;
- de repliek van Consument van 26 maart 2012;
- de dupliek van Aangeslotene van 24 april 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 schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37 van haar Reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. Consument heeft na bemiddeling door X B.V. met de rechtsvoorgangster van Aangeslotene op of omstreeks 14 februari 2001 een effectenlease-overeenkomst genaamd 'Overwaarde Y (hierna: de Overeenkomst) gesloten.
- 2.2. De in de Overeenkomst overeengekomen lease-som bedroeg in totaal € 94.150,80 (*f* 207.481,06), bestaande uit de aankoopbedragen van € 44.776,40 (*f* 98.674,20) en de totaal te betalen rente van € 49.374,40 (*f* 108.806,86). Consument heeft een bedrag van € 25.107,00 bij vooruitbetaling voldaan.

- 2.3. De overeengekomen looptijd van de Overeenkomst bedroeg een termijn van 180 maanden, waarbij aan Consument het recht is toegekend om de Overeenkomst na ommekomst van een termijn van 60 maanden met onmiddellijke ingang en zonder annuleringskosten te beëindigen, onder betaling of verrekening van de restanthoofdsom op dat moment.
- 2.4. Consument heeft de Overeenkomst in april 2005 beëindigd.
- 2.5. Aangeslotene heeft Consument vervolgens op 29 april 2005 een eindafrekening gezonden. Blijkens dit overzicht leverde de verkoop van de betreffende fondsen een bedrag op van € 26.435,28. Voorts stond op de eindafrekening vermeld: “10 resterende termijnen” en “restant hoofdsom”. Uiteindelijk moest Consument nog een bedrag van € 11.894,87 voldoen. Dit bedrag heeft Consument aan Aangeslotene voldaan.
- 2.6. Bij brief van 7 augustus 2007 heeft de betrokken notaris Consument de ontvangst van zijn brief van 25 juli 2007 bevestigd, waarin hij een opt-out verklaring heeft afgelegd.
- 2.7. Bij brief van 19 december 2008 heeft de gemachtigde van Consument namens meerdere cliënten, waaronder Consument, Aangeslotene gelegenheid geboden om tegemoet te komen aan het gevorderde buiten een gerechtelijke procedure om. Tevens wordt in deze brief een beroep gedaan op nietigheid van de Overeenkomst.
- 2.8. Op 24 juli 2009 heeft de gemachtigde van Consument Aangeslotene een brief gestuurd waarop Aangeslotene in haar brief van 14 augustus 2009 haar reactie heeft gegeven. Aan het einde van de laatstgenoemde brief schrijft Aangeslotene: “Daarnaast zullen wij brieven in de lijn van de brief d.d. 24 juli 2009 met dezelfde soortgelijke algemene strekking niet beantwoorden.”
- 2.9. De gemachtigde van Consument heeft per e-mailbericht van 5 april 2011 aan Aangeslotene gevraagd te schikken voor “60% van de totale schade plus wettelijke rente daarover.”
- 2.10. In reactie daarop schrijft Aangeslotene in haar e-mailbericht van 18 april 2011 dat zij met dit voorstel niet akkoord gaat. Zij doet het voorstel Consument een bedrag van € 10.392,99, inclusief wettelijke rente, te vergoeden.
- 2.11. Per e-mailbericht van 29 april 2011 heeft de gemachtigde van Consument Aangeslotene meegedeeld niet in te stemmen met het voorstel, en dat zij het voornemen heeft een procedure in stellen bij het Kifid.
- 2.12. De Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft in zijn brief van 20 mei 2011 de gemachtigde van Consument geschreven dat hij geen mogelijkheid ziet te bemiddelen en voorts: “Onder omstandigheden staat de weg naar de burgerlijke rechter of de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening wel voor u open. Ter zake van het laatste geldt dat u binnen drie maanden na ontvangst van dit oordeel het geschil moet hebben voorgelegd aan de geschillencommissie.”
- 2.13. In een brief van 17 oktober 2011 heeft de Commissie de gemachtigde van Consument bericht dat “de secretaris (...) heeft besloten dat de Commissie de klacht van Consument (...) voorshands in behandeling neemt.”

3. Geschil

- 3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, door hem begroot op een bedrag van € 53.383,01, welk bedrag bestaat uit de door hem in het kader van de Overeenkomst aan Aangeslotene gedane betalingen. Consument vordert tevens vergoeding van de wettelijke rente. Voorts verzoekt Consument de Commissie Aangeslotene te bevelen het BKR op te dragen alle noteringen te verwijderen dan wel ongedaan te maken. Bovendien verzoekt Consument de Commissie Aangeslotene te veroordelen tot het dragen van de kosten van de procedure.
- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. De Overeenkomst is reeds buitengerechtelijk door Consument vernietigd (op grond van hetzij bedrog, hetzij dwaling, hetzij misbruik van omstandigheden) waardoor de door Consument aan Aangeslotene gedane betalingen onverschuldigd zijn geschied. De Overeenkomst is reeds buitengerechtelijk ontbonden op grond van misleiding. Aangeslotene heeft jegens Consument onrechtmatig gehandeld en is schadeplichtig wegens schending van de bijzondere zorgplicht.
- 3.3. Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat partijen zich zowel in de schriftelijke fase van de procedure als ook ter zitting uitgebreid hebben uitgelaten over de ontvankelijkheid van de klacht van Consument. De Commissie zal derhalve eerst een oordeel geven over de ontvankelijkheid van de klacht van Consument.
- 4.2. Aangeslotene heeft gesteld dat de klacht van Consument op grond van zowel het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (zoals dat gold tot 1 oktober 2011, hierna te noemen: Reglement-Oud) als op grond van het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (zoals dat geldt sinds 1 oktober 2011, hierna te noemen: Reglement-Nieuw) niet-ontvankelijk is. Kort gezegd heeft Consument deze stelling betwist en de Commissie verzocht te verklaren dat zijn klacht ontvankelijk is en deze vervolgens inhoudelijk te behandelen.
- 4.3. De Commissie merkt allereerst op dat zij in haar huidige vorm sinds 1 april 2007 bestaat. Voordien hadden de verschillende sectoren in de financiële dienstverlening even zo verschillende wijzen van alternatieve geschillenbeslechting, die op voornoemde datum uiteindelijk zijn samengevoegd.
- 4.4. Een van de voorlopers van deze Commissie was de Klachtencommissie van het Dutch Securities Institute (DSI). Ook de Klachtencommissie DSI heeft zich meerdere malen uitgelaten over de aandelenleaseproblematiek.
- 4.5. De Klachtencommissie DSI hanteerde bij de beoordeling van de ontvankelijkheid de termijnen uit artikel 7 van haar reglement, dat, voor zover hier van belang, luidde:
7.2. Voorts wordt afgezien van de behandeling van een klacht wanneer:
(...)
- meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop de belanghebbende van de feiten kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen en het tijdstip waarop de klacht aan de Deelnemer is voorgelegd tegen wie de klacht zich richt;

- 4.6. Ten aanzien van aandelenleaseklachten, waaronder die jegens Aangeslotene, heeft de Klachtencommissie DSI algemene gezichtspunten geformuleerd waarbij de uiteindelijke beslissing afhankelijk was van de omstandigheden van het individuele geval. Zij achtte met betrekking tot de genoemde termijn van belang dat deze niet pas was gaan lopen als de betrokken overeenkomst is afgelopen. “De feiten die aan de klacht ten grondslag liggen kunnen ook al eerder duidelijk zijn geworden, bijvoorbeeld door de publiciteit over sommige effectenlease-overeenkomsten onder andere door en na de uitzending van Tros Radar in maart 2002. Aan te nemen valt dat voor de meeste overeenkomsten de termijn uiterlijk op 1 juni 2003 is verstreken. Als een klager pas na deze datum bij (Aangeslotene) of bij de Commissie heeft geklaagd, zal zijn klacht in de regel niet ontvankelijk zijn. De termijn kan ook eerder zijn afgelopen, bijvoorbeeld indien de betrokken overeenkomst al vóór mei 2002 met verlies was geëindigd.”
- 4.7. De in overweging 4.5 vermelde termijn is ook in het Reglement-Oud als zodanig opgenomen in artikel 10, dat, voor zover hier van belang, als volgt luidde:
Artikel 10 Termijnen
10.1 De Geschillencommissie kan een verzoek tot Geschilbeslechting niet behandelen indien:
a. meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop de Consument van de feiten waarop het Geschil betrekking heeft kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen en het tijdstip waarop de Klacht aan de Aangeslotene is voorgelegd tegen wie het verzoek tot geschilbeslechting zich richt;
- 4.8. Aangeslotene heeft gesteld dat Consument na ontvangst van de eindafrekening in april 2005 voldoende aanleiding heeft gehad om zich in de werking van de Overeenkomst te verdiepen en dat de vervaltermijn van een jaar dan ook op dat moment een aanvang heeft genomen.
De Commissie stelt vast dat Aangeslotene de eindafrekeningen van de Overeenkomst op 29 april 2005 aan Consument heeft toegestuurd en volgt Aangeslotene in haar gevolgtrekking dat Consument derhalve in ieder geval vanaf dat moment moet hebben beseft dat het aangaan van de Overeenkomst voor hem tot grote verliezen had geleid.
De Commissie stelt vast dat Consument aldus na ontvangst van de brief van 29 april 2005 kennis heeft kunnen nemen en ook heeft genomen van de feiten waarop het geschil betrekking heeft, maar dat hij desondanks eerst per brief van 19 december 2008 een klacht bij Aangeslotene heeft ingediend. Daarmee is de in artikel 10.1 sub a Reglement-Oud genoemde termijn ruimschoots overschreden. De klacht is om die reden niet-ontvankelijk.
- 4.9. Aangeslotene heeft ook een beroep gedaan op artikel 10.1 sub e van het Reglement-Oud, inhoudende dat de Commissie kan besluiten een verzoek tot geschilbeslechting niet in behandeling te nemen indien “de feiten waarop het Geschil betrekking heeft te ver in het verleden liggen”. Daartoe heeft zij aangevoerd dat de essentie van de klacht gelegen is in de omstandigheden zoals die bij het sluiten van de Overeenkomst golden, ruim een decennium geleden, en dat het vaststellen van die gebeurtenissen door het verstrijken van die aanzienlijke tijdsspanne derhalve niet goed meer mogelijk is.

Consument heeft naar voren gebracht dat hij niet inziet waarom de feiten in een te ver verleden zouden liggen nu de overheidsrechter nog zeer frequent aandelenleasezaken behandelt. Voorts is met de uitspraken van de Hoge Raad van 5 juni 2009 pas helder geworden welke feiten belangrijk zijn in zijn zaak, aldus Consument. Aangeslotene heeft hierop bij dupliek gereageerd en betoogd dat het feit dat er momenteel nog uitspraken in aandelenleasezaken worden gewezen niet relevant is, omdat het om de feiten gaat waarop de klacht betrekking heeft en niet om de jurisprudentie waarop Consument die klacht kennelijk heeft gebaseerd. Bovendien kent het civiele recht geen bepaling zoals artikel 10.1 sub e Reglement-Oud en kunnen, mits de verjaring ervan maar tijdig is gestuit, zaken bij de civiele rechter ook betrekking hebben op feiten uit een (zeer) ver verleden.

- 4.10. De Commissie stelt voorop dat het bepaalde in artikel 10.1 sub e Reglement-Oud ertoe strekt te voorkomen dat de Commissie moet oordelen over klachten die zijn gebaseerd op feiten en omstandigheden die in een zodanig ver verleden liggen dat de juistheid van de dienaangaande over en weer ingenomen standpunten als gevolg van dat tijdsverloop eenvoudigweg niet meer met voldoende zekerheid zijn vast te stellen. Nu de klacht van Consument in de kern verband houdt met de mate van voorlichting ten tijde van de totstandkoming van de met Aangeslotene gesloten Overeenkomst, liggen aan diens klacht feiten en omstandigheden ten grondslag die zich meer dan tien jaar geleden hebben voorgedaan. Niettegenstaande de door Consument betoogde duidelijke herinneringen aan de voorlichting ten tijde van het tot stand komen van de Overeenkomst oordeelt de Commissie dat het tijdsverloop ook in deze zaak wel degelijk een grote rol speelt bij de mogelijkheid te kunnen reconstrueren wat er destijds is besproken. Alleen de herinneringen van Consument acht de Commissie in dit verband te mager om aannemelijk te maken dat een dergelijke reconstructie nu nog op behoorlijke wijze kan geschieden. In dit verband merkt de Commissie voorts op dat bij de toepassing van art. 10.1 sub e Reglement-Oud ook nog rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat het verstrijken van geruime tijd bij de aangesloten instelling de verwachting kan wekken dat haar geen tekortkomingen zullen worden verweten die (veel) eerder naar voren hadden kunnen worden gebracht. Ook daarom staat dit bij het aanhangig maken van het geschil geldende voorschrift aan behandeling van de klacht in de weg. Tot slot is de Commissie met Aangeslotene van oordeel dat haar Reglement-Oud inderdaad niet de mogelijkheid kent het verstrijken van de in artikel 10.1 sub e bedoelde termijn door middel van enige stuitingshandeling te voorkomen. Ook op grond van dit artikel is Consument naar het oordeel van de Commissie derhalve niet ontvankelijk in zijn klacht.
- 4.11. Resumerend dient de Commissie de klacht van Consument op grond van het Reglement-Oud niet ontvankelijk te verklaren.
- 4.12. Ten aanzien van het huidige reglement overweegt de Commissie het volgende. Opmerking verdient dat het per 1 oktober 2011 in werking getreden Reglement-Nieuw een gecombineerd reglement betreft, waarin de tweeledige klachtenprocedure zoals deze bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna: het Instituut) is

ingericht, bestaande uit een fase bij de Ombudsman Financiële Dienstverlening en een fase bij de Commissie, is vervat. Daarmee is de verbondenheid van deze twee fasen beter tot uitdrukking gekomen dan voorheen, toen beide instanties zich van een eigen reglement bedienden, en is bovendien de gedachte dat een consument bij één “loket” terecht kan, beter gestalte gegeven. Een door een consument ingediende klacht wordt ook niet meer eerst door de Ombudsman op ontvankelijkheid getoetst en vervolgens integraal door de Commissie, maar - waar het gaat om de in artikel 15 gestelde eisen - door het Instituut.

- 4.13. Die procedure is vastgelegd in artikel 15 van het Reglement-Nieuw welke bepaling als volgt luidt:

Artikel 15 Het indienen van een klacht

15.1 De Consument moet zijn Klacht Schriftelijk in de Nederlandse taal aan het Klachteninstituut voorleggen binnen drie maanden te rekenen vanaf de dagtekening van de brief waarin Aangeslotene definitief Schriftelijk zijn standpunt over de Klacht aan de Consument heeft kenbaar gemaakt, en de Consument daarbij heeft gewezen op de mogelijkheid zijn Klacht binnen een termijn van drie maanden aan het Klachteninstituut voor te leggen.

15.2 Indien de Aangeslotene Consument bij de Schriftelijke afwijzing niet heeft gewezen op demogelijkheid de Klacht aan het Klachteninstituut voor te leggen, of indien Aangeslotene niet heeft gewezen op de termijn van drie maanden, moet Consument binnen een redelijke termijn zijn Klacht aan het Klachteninstituut voorleggen. Als uitgangspunt geldt daarbij een termijn van drie maanden nadat de aanleiding tot het indienen van de Klacht is ontstaan, maar hiervan kan op grond van de omstandigheden van het geval ten gunste van de Consument worden afgeweken.

15.3 Indien de Klacht geacht wordt te zijn afgewezen doordat Aangeslotene daarop ook na Schriftelijke aanmaning als bedoeld in artikel 13.3 niet heeft gereageerd, gaat de termijn van drie maanden voor het indienen van de Klacht lopen de dag na het verstrijken van de in dat artikel genoemde termijn van zes weken.

- 4.14. Aangeslotene heeft gesteld dat Consument niet heeft voldaan aan de onder 4.13. weergegeven vereisten. Van belang daarbij is dat zich niet de situatie uit artikel 15.1 Reglement-Nieuw heeft voorgedaan, aangezien Aangeslotene Consument niet heeft gewezen op de mogelijkheid een klacht voor te leggen aan de Ombudsman. In die situatie voorziet artikel 15.2 Reglement-Nieuw, bij toepassing waarvan slechts van belang is of de aangeslotene in kwestie een afwijzende reactie heeft gegeven. Die heeft Aangeslotene in haar brief van 14 augustus 2009 gegeven, en Consument heeft niet binnen een redelijke termijn daarop volgend de klacht voorgelegd aan het Instituut, aldus nog steeds Aangeslotene.
- Consument heeft daartegen ingebracht dat het op 18 april 2011 ingenomen standpunt van Aangeslotene pas het definitieve standpunt betrof. Hij voegt daaraan toe dat pas toen bleek dat Aangeslotene niet meer verder wenste te onderhandelen het standpunt van die datum als definitief standpunt kon worden aangemerkt. Vanaf dat moment hebben de termijnen uit artikel 15 Reglement-Nieuw aanvang genomen en daarmee is de klacht tijdig bij het Instituut ingediend, aldus Consument.
- Aangeslotene heeft in haar latere reactie nog opgemerkt dat het gegeven dat een aangeslotene op basis van inmiddels gewezen jurisprudentie bereid is tot een minnelijke regeling, niet betekent dat een voorheen ingenomen standpunt niet de kwalificatie ‘definitief’ draagt. Het gaat erom of dat standpunt naar de toenmalige beleving van partijen definitief was. Anders zou geen enkel standpunt ooit definitief zijn.

- 4.15. De Commissie stelt voorop dat zich in onderhavig geval de situatie als bedoeld in artikel 15.2 van het Reglement-Nieuw voordoet. Derhalve dient zij zich uit te laten over de duur van de “redelijke termijn” zoals in dat artikel vermeld staat. De Commissie neemt daarbij het in het vervolg van dat artikel genoemde uitgangspunt, dat daarbij een termijn van drie maanden nadat de aanleiding tot het indienen van de Klacht is ontstaan, als vertrekpunt.
- 4.16. Zoals zij onder overweging 4.8 reeds heeft vastgesteld, is de Commissie van oordeel dat het op de weg van Consument had gelegen binnen een jaar na het ontvangen van de eindafrekeningen van de Overeenkomst, het moment waarop hij zich gewaar werd van de gevolgen ervan, zijn klacht daarover in te dienen bij Aangeslotene. De Commissie stelt voorts vast dat het Reglement-Nieuw die periode in eigenlijke zin beperkt tot drie maanden, zij het dat daarvan op grond van de omstandigheden van het geval ten gunste van de consument kan worden afgeweken. De Commissie heeft geen redenen om aan te nemen dat daarvan in dit geval sprake is geweest, althans, daartoe heeft Consument naar het oordeel van de Commissie onvoldoende gesteld.
- 4.17. De Commissie begrijpt uit de stellingen van Consument voorts dat niet het “gewaarwordingsmoment” zoals hiervoor overwogen, maar het moment waarop het definitieve standpunt van Aangeslotene aan hem kenbaar was gemaakt doorslaggevend dient te zijn bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van diens klacht. Daarbij heeft hij aangevoerd dat het definitieve standpunt van Aangeslotene hem eerst op 18 april 2011 als zodanig duidelijk is geworden. De Commissie oordeelt dat de zinsnede “nadat de aanleiding tot het indienen van de Klacht is ontstaan” niet anders geïnterpreteerd kan worden dan zijnde het gewaarwordingsmoment. Daarmee acht zij in dit geval het vaststellen van het definitieve moment van afwijzen van de klacht (dat overigens niet tot een ander oordeel had kunnen leiden) van ondergeschikt belang. Hieruit volgt dat de klacht van Consument op grond van artikel 15 van het Reglement-Nieuw niet ontvankelijk is.
- 4.18. Gelet op het voorgaande behoeven de andere geschilpunten betreffende de ontvankelijkheid geen behandeling meer.
- 4.19. Het betoog van Consument dat de Commissie de klacht reeds ontvankelijk heeft verklaard met haar brief van 17 oktober 2011, berust naar het oordeel van de Commissie op een verkeerde lezing van die brief. Het moge duidelijk zijn dat de toevoeging “voorshands” nu juist de mogelijkheid openlaat dat op het punt van de ontvankelijkheid gedurende de procedure nog kan worden teruggekomen indien daar aanleiding toe is. Gelet op de discussie die tussen partijen is ontstaan, was die aanleiding ook onmiskenbaar aanwezig. Dat de klacht – voorshands – in behandeling is genomen, doet hieraan niet af. Dat Consument uit de brief meent op te kunnen maken dat “de Geschillencommissie zelf al van mening is dat deze klacht ontvankelijk is” dient dan ook voor zijn rekening te blijven.
- 4.20. Gelet op de hierboven genoemde overwegingen concludeert de Commissie dat Consument niet ontvankelijk is in zijn klacht zowel naar het Reglement-Oud als het naar het Reglement-Nieuw: er is te veel tijd verstreken tussen het gewaarwordingsmoment en het voorleggen van de klacht. Daarmee kan de

Commissie voorts in het midden laten welk reglement van toepassing is. Aan de inhoudelijke beoordeling van diens klacht komt de Commissie mitsdien niet toe.

- 4.21. Gelet op het belang van deze beslissing, niet alleen in deze klacht, maar ook voor het vervolg van de procedures in vele soortgelijke klachten die inmiddels aan de Commissie zijn voorgelegd, stelt de Commissie beroep open tegen deze beslissing bij de Commissie van Beroep conform het in artikel 5.6 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening bepaalde.

5. Beslissing

De Commissie verklaart Consument niet-ontvankelijk in zijn verzoek om klachtbehandeling.

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.