

Beslissing Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-92 d.d. 28 maart 2013

(mr. V. van den Brink, voorzitter, prof.mr. M.L. Hendrikse, mr. A.W.H. Vink, prof.dr. A.D. Bac RA en G.J.P. Okkema, leden en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

Consument is niet ontvankelijk in zijn klacht, zowel naar het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (zoals dat gold tot 1 oktober 2011) als op grond van het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (zoals dat geldt sinds 1 oktober 2011): de feiten waarop het geschil betrekking heeft liggen in een te ver verleden, het verzoek tot geschilbeslechting is door Consument niet tijdig aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening voorgelegd. Aan de inhoudelijke beoordeling van de klacht komt de Commissie mitsdien niet toe. De Commissie ziet - gelet op het belang van deze zaak voor soortgelijke klachten - 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 4 juli 2011 met als bijlage het ingevulde vragenformulier;
- het verweer van Aangeslotene van 22 december 2011;
- de repliek van Consument van 12 maart 2012;
- de dupliek van Aangeslotene van 24 april 2012;
- de door Aangeslotene ter zitting overgelegde pleitonota;
- de brieven van de gemachtigde van Consument van 7 september 2012 en 25 september 2012;
- de brief van de gemachtigde van Aangeslotene van 12 september 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 partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 29 augustus 2012 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

Consument heeft na bemiddeling door X B.V. met de rechtsvoorgangster van Aangeslotene op of omstreeks 28 oktober 1999 een overeenkomst A gesloten (hierna: de Overeenkomst). Op de Overeenkomst zijn de “Bijzondere Voorwaarden Effecten Lease” van toepassing verklaard.

De in de Overeenkomst overeengekomen lease-som bedroeg in totaal € 70.789,68 (f 156.000,-), bestaande uit de hoofdsom van € 27.659,08 (f 60.952,59) en de totaal te betalen rente van € 43.130,60 (f 95.047,33). Consument heeft een bedrag van € 14.157,94 (f 31.200,-) bij vooruitbetaling voldaan.

De overeengekomen looptijd van de Overeenkomst bedroeg een termijn van 240 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 restant-hoofdsom op dat moment. Consument heeft de Overeenkomst in september 2004 beëindigd.

Aangeslotene heeft Consument vervolgens op 23 september 2004 een eindafrekening gezonden. Blijkens dit overzicht leverde de verkoop van de betreffende B Certificaten een bedrag op van € 17.111,35. Voorts stond op de eindafrekening vermeld: “2 resterende termijnen” en “restant hoofdsom”. Uiteindelijk moest Consument nog een bedrag van € 9.484,22 voldoen. Dit bedrag heeft Consument aan Aangeslotene voldaan.

Op 1 april 2005 heeft de gemachtigde van Consument een brief aan Aangeslotene gezonden. Daarin stelt zij onder meer op basis van verscheidene gronden dat Aangeslotene de door Consument betaalde bedragen dient terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente. In een op 6 december 2005 gedateerde brief heeft Aangeslotene Consument meegedeeld dat hij “niet in aanmerking komt voor een vergoeding volgens de Duisenberg-Regeling.” Bij brief van 19 juli 2007 heeft de betrokken notaris de gemachtigde van Consument de ontvangst van haar brief van 13 juli 2007 bevestigd, waarin zij een opt-out verklaring heeft afgelegd.

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.”

Aangeslotene heeft de gemachtigde van Consument op 1 februari 2010 een e-mailbericht toegestuurd waarin zij mededeelt voornemens te zijn de lopende effectenlease procedures buitengerechtelijk af te doen. In haar reactie per e-mailbericht van 8 februari 2010 deelt de gemachtigde van Consument onder meer mee dat zij de mogelijkheid van schikken wil bekijken.

Per e-mailbericht van 1 maart 2011 heeft Aangeslotene ter oplossing van het geschil aan Consument aangeboden om een bedrag van € 8.440,97 (inclusief wettelijke rente) te vergoeden.

Per e-mailbericht van 9 mei 2011 heeft de gemachtigde van Consument Aangeslotene meegedeeld niet in te stemmen met het voorstel en dat de zaak ter beoordeling zal worden voorgelegd aan het Kifid.

In een brief van 12 mei 2011 heeft een medewerker Intake van de Ombudsman Financiële Dienstverlening aan de gemachtigde van Consument bevestigd de klacht op 11 mei 2011 te hebben ontvangen.

2.14. 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.”

2.15. In een brief van 6 juni 2011 heeft een medewerkster van de administratie van de Commissie aan de gemachtigde van Consument bevestigd de klacht op 31 mei 2011 te hebben ontvangen.

2.16. 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.”

2.17. In een brief van 9 november 2011 heeft de secretaris van de Commissie de gemachtigde van Consument vervolgens meegedeeld dat de Commissie Aangeslotene heeft verzocht schriftelijk te reageren op de klacht.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, door hem begroot op een bedrag van € 35.743,99, 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 schadeplechtig 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. Aangeslotene heeft 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 Overeenkomsten 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.

4.4. 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. De Commissie oordeelt 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.

4.5. Dit leidt ertoe dat de Commissie de klacht van Consument op grond van het Reglement-Oud niet ontvankelijk dient te verklaren.

4.6. 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.

4.7. 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.

4.8. Aangeslotene heeft gesteld dat Consument niet heeft voldaan aan de onder 4.7. 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. Zij merkt overigens op dat naar haar mening de mogelijkheid tot het indienen van een klacht naar het destijds geldende reglement niet meer bestond, en zij er daarom niet op kon wijzen.

Consument heeft daartegen ingebracht dat het op 1 maart 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 eerder ingenomen standpunt voor toepassing van artikel 15 Reglement-Nieuw buiten beschouwing zou moeten blijven. Verder heeft Aangeslotene nog opgemerkt dat het standpunt van Aangeslotene in haar brief van 14 augustus 2009 identiek is aan het standpunt waarop het schikkingsvoorstel is gebaseerd.

4.9. 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.

4.10. De Commissie oordeelt dat de brief van Aangeslotene van 14 augustus 2009 ondubbelzinnig een definitief karakter heeft. Eerst op 11 mei 2011 heeft het Instituut van de gemachtigde van Consument een verzoek tot geschilbeslechting ontvangen. Het tijdsverloop tussen het definitieve standpunt van Aangeslotene en het voorleggen van de klacht door Consument aan het Instituut bedraagt derhalve 21 maanden. Hiermee is naar het oordeel van de Commissie een redelijke termijn ingevolge artikel 15.2 Reglement-Nieuw ruimschoots overschreden.

4.11. De Commissie begrijpt uit de stellingen van Consument dat het definitieve standpunt van Aangeslotene hem eerst op 1 maart 2011 als zodanig duidelijk is geworden. Op dat moment heeft Aangeslotene een standpunt ingenomen en bleek dat verder onderhandelen niet mogelijk was. Dit standpunt dient dan ook aangemerkt te worden als het definitieve standpunt van Aangeslotene.

4.12. Zoals voortvloeit uit hetgeen onder 4.10. is opgemerkt, neemt de Commissie bij het vaststellen van de redelijke termijn tot uitgangspunt een termijn van drie maanden na dagtekening van het afwijzende standpunt van Aangeslotene als bedoeld in artikel 15.1 en 15.2 Reglement-Nieuw, welke afwijzing immers kan worden aangemerkt als het uiterste moment van het ontstaan van de aanleiding tot het indienen van de klacht. Artikel 15.2 Reglement-Nieuw bepaalt voorts dat hiervan op grond van de omstandigheden van het geval ten gunste van de consument kan worden afgeweken. Een dergelijke afwijking kan gerechtvaardigd zijn indien Aangeslotene naar aanleiding van nadere argumenten of nieuwe omstandigheden (gedeeltelijk) terugkomt op zijn afwijzing, waarna een nieuwe redelijke termijn kan gaan lopen. Ook is mogelijk dat partijen ondanks het afwijzende standpunt van de Aangeslotene komen tot nadere onderhandelingen die bijvoorbeeld wegens hun intensiteit en de daarin door Aangeslotene gewekte verwachtingen meebrengen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als desondanks van Consument verwacht zou worden dat hij zich (ondertussen) tijdig met zijn klacht tot het Klachteninstituut wendt. De sporadische contacten tussen partijen die zich in het onderhavige geval na de afwijzing van 14 augustus 2009 hebben voorgedaan en de overige stellingen van Consument hierover kunnen echter niet leiden tot het oordeel dat sprake is van omstandigheden die in de weg staan aan het oordeel dat de redelijke termijn voor het

indienen van de klacht verstreken is. Hieruit volgt dat de klacht van Consument op grond van artikel 15 van het Reglement-Nieuw niet ontvankelijk is.

4.13. 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.

4.14. 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: de feiten waarop het geschil betrekking heeft liggen in een te ver verleden, het verzoek tot geschilbeslechting is door Consument niet tijdig aan het Instituut voorgelegd. 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.

4.15. 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.