

Uitspraak Commissie van Beroep 2014-021 d.d. 1 juli 2014

(mr. C.A. Joustra, mr. A. Bus, mr. J.B. Fleers, mr. F.P. Peijster en mr. J.B.B.M. Wuisman, leden, en mr. M.J. Drijfholt, secretaris)

Samenvatting

Beleggen, effectenlease. Belanghebbende is niet-ontvankelijk op grond van artikel 10.1 sub a van het oude Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Er is meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop belanghebbende 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 bank is voorgelegd.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

1. De procedure in hoger beroep

- 1.1 Belanghebbende heeft bij een op 10 juni 2013 bij Kifid binnengekomen beroepschrift de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 24 april 2013 ter toetsing voorgelegd. Dit beroep is gebaseerd op artikel 22.1 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (oud) dan wel artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (nieuw), in beide gevallen in verbinding met artikel 5.1 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Reglement van Beroep).
- 1.2 De bank heeft een op 18 juli 2013 gedateerd verweerschrift ingediend.
- 1.3 Daarop hebben partijen nog een conclusie van repliek en een conclusie van dupliek ingediend.
- 1.4 In overleg met partijen is besloten geen mondelinge behandeling te laten plaatsvinden.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Inleiding op de beoordeling van het beroep

- 3.1 De Beroepscommissie gaat op grond van:
 - hetgeen de Geschillencommissie onbestreden heeft vastgesteld en
 - de niet of niet voldoende weersproken inhoud van de stukken van het geding, uit van het volgende.
 - (i) Belanghebbende heeft omstreeks 14 februari 2001 na bemiddeling door [naam] B.V. met de rechtsvoorgangster van de bank een effectenlease-overeenkomst gesloten.

(ii) De overeengekomen leasesom bedroeg in totaal € 94.150,80, bestaande uit een aankoopbedrag van € 44.776,40 en de in totaal te betalen rente van € 49.374,40. Belanghebbende heeft een bedrag van € 25.107,- bij vooruitbetaling voldaan.

(iii) Belanghebbende heeft de overeenkomst in april 2005 tussentijds beëindigd. De bank heeft hem vervolgens op 29 april 2005 een eindafrekening gestuurd. Per saldo diende belanghebbende nog een bedrag van € 11.894,87 aan de bank te voldoen. Dit bedrag heeft hij betaald.

(iv) Belanghebbende heeft in 2007 een opt-out verklaring afgelegd ter zake van de verbindend verklaarde Duisenberg-regeling.

(v) Bij brief van 19 december 2008 heeft de gemachtigde van belanghebbende, namens een aantal cliënten onder wie belanghebbende, de bank het volgende geschreven:
“Voor een aantal van onze cliënten zal zo spoedig mogelijk worden overgegaan tot dagvaarden. In casu gaat het alleen om eegaleasezaken waarvan de contracten reeds vernietigd zijn. Tevens zijn er geen regelingen van toepassing en is de opt-out verklaring afgelegd.

Hierbij willen wij [naam] de gelegenheid bieden om tegemoet te komen aan het gevorderde buiten een gerechtelijke procedure om, zodat op deze wijze gerechtelijke kosten bespaard blijven voor [naam].

De volgende juridische argumenten zijn van toepassing voor de betreffende cliënten:

In een aan u gerichte brief wordt door echtgenoot/partner van cliënt het contract vernietigd op grond van de artikelen 1:88 lid 1 sub d en 89 BW wegens het ontbreken van de vereiste toestemming van de andere echtgenoot/partner. Op de ontstane nietigheid wordt namens cliënt een beroep gedaan.

Door u is aan cliënt een krediet verstrekt, terwijl u niet beschikte over een vergunning als bedoeld in artikel 9 van de Wet op het Consumentenkrediet. Hierdoor is bovengenoemd contract nietig ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW. Namens cliënt wordt een beroep gedaan op deze nietigheid. Verder wordt het contract vernietigd dan wel ontbonden op grond van schending van de zorgplicht en de artikelen 3:44 lid 4 (misbruik van omstandigheden), 3:44 lid 3 (bedrog), 6:74 BW (wanprestatie), 6:162 (onrechtmatige daad), 6:194 (misleidende reclame) en 6:228 (dwaling). Voorts wordt namens cliënt het recht voorbehouden om hiertoe nog andere gronden aan te voeren.”

(vi) Bij brief van 24 juli 2009 heeft de gemachtigde van belanghebbende namens een aantal cliënten, onder wie belanghebbende, de bank nogmaals en op dezelfde gronden gesommeerd de door cliënten aan de bank betaalde bedragen vermeerderd met wettelijke rente terug te betalen.

(vii) De bank heeft op deze brief gereageerd bij een brief van 14 augustus 2009. De bank schrijft dat alle cliënten met contracten die door de eega binnen 3 jaar na het aangaan van de overeenkomst(en) zijn vernietigd, een voorstel hebben gehad conform het Van Tuijl-arrest (HR 28 maart 2008; LJN BC2837; NJ 2009, 578). De bank wijst het beroep op nietigheid/vernietigbaarheid/ontbinding op grond van artikel 9 Wet op het Consumentenkrediet, misbruik van omstandigheden, wanprestatie, onrechtmatige daad,

misleidende reclame en dwaling van de hand met een beroep op een drietal arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009 (LJN BH2811, LJN BH2815 en LJN BH2822, respectievelijk NJ 2012, 183, NJ 2012, 182 en NJ 2012, 184). Tot slot verzoekt de bank gemachtigde haar vorderingen per klant te specificeren en geen algemene brief meer te sturen. De bank vervolgt:

“Indien wij de lijn van de verschillende Gerechtshoven volgen, welke in de ogen van [naam] bevestigd wordt door de recente uitspraak van de Hoge Raad, dan leidt de schending van de zorgplicht in het grootste deel van de zaken slechts tot een verdeling van de restschuld. Voor zover er ten aanzien van, of voor uw cliënten, al een gedeeltelijke terugbetalingsregeling c.q. recht op schadevergoeding zou bestaan, wijst [naam] uw algemene sommatie van de hand.”

(viii) De gemachtigde van belanghebbende heeft bij e-mailbericht van 5 april 2011 namens belanghebbende een schikkingsvoorstel gedaan. In reactie daarop heeft de bank bij e-mailbericht van 18 april 2011 belanghebbende aangeboden een bedrag van € 10.392,99 inclusief wettelijke rente te vergoeden. De gemachtigde van belanghebbende heeft dit voorstel afgewezen bij e-mailbericht van 29 april 2011.

(ix) Kort daarop heeft de gemachtigde zich namens belanghebbende tot de Ombudsman Financiële Dienstverlening gewend. Deze heeft bij brief van 20 mei 2011 aan belanghebbende geschreven dat hij geen mogelijkheid zag te bemiddelen.

(x) De Geschillencommissie heeft vastgesteld dat zij op 31 mei 2011 een verzoek tot geschillenbeslechting heeft ontvangen van de gemachtigde van belanghebbende.

(xi) Bij brief van 17 oktober 2011 heeft de Geschillencommissie de gemachtigde van belanghebbende bericht dat *“de secretaris (...) heeft besloten dat de Commissie de klacht (...) voorshands in behandeling neemt.”*

- 3.2 Belanghebbende vordert vergoeding van de door hem geleden schade, welk bedrag hij begroot op € 53.383,01, te vermeerderen met de wettelijke rente. Daarnaast verzoekt belanghebbende de bank te bevelen het BKR op te dragen alle noteringen te verwijderen dan wel ongedaan te maken. Aan deze vorderingen legt belanghebbende het volgende ten grondslag. De effectenleaseovereenkomst is buitengerechtelijk vernietigd op grond van bedrog, dwaling en/of misbruik van omstandigheden, waardoor de door belanghebbende aan de bank gedane betalingen onverschuldigd zijn geschied. Daarnaast is de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden op grond van misleiding. Tot slot heeft de bank jegens belanghebbende onrechtmatig gehandeld en is zij schadeplichtig wegens schending van de bijzondere zorgplicht.
- 3.3 De bank heeft gemotiveerd verweer gevoerd en zich onder meer beroepen op niet-ontvankelijkheid van de klacht van belanghebbende.

- 3.4 De Geschillencommissie heeft belanghebbende niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot klachtbehandeling, zowel op grond van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening dat gold tot 1 oktober 2011 (hierna: het oude Reglement) als op grond van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening dat geldt vanaf 1 oktober 2011 (hierna: het nieuwe Reglement).
- 3.4.1 Ter zake van het oude Reglement oordeelt de Geschillencommissie als volgt. Artikel 10.1 bepaalt, voor zover van belang, het volgende:
*“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; of
(...)
(e) de feiten waarop het Geschil betrekking heeft te ver in het verleden liggen; (...).”*
Naar het oordeel van de Geschillencommissie is de klacht niet-ontvankelijk op grond van sub (a) omdat belanghebbende na de ontvangst van de eindafrekening op 29 april 2005 heeft kunnen kennis nemen en ook heeft genomen van de feiten waarop het geschil betrekking heeft (het gewaarwordingsmoment), maar desondanks eerst bij brief van 19 december 2008 een klacht bij de bank heeft ingediend. De termijn van een jaar is dus ruimschoots overschreden.
- 3.4.2 De klacht is naar het oordeel van de Geschillencommissie eveneens niet-ontvankelijk op grond van sub (e). De klacht houdt in de kern verband met de mate van voorlichting ten tijde van het tot stand komen van de effectenleaseovereenkomst (in 2001) en er liggen dus feiten en omstandigheden aan ten grondslag die zich meer dan tien jaar geleden hebben voorgedaan. Hoewel belanghebbende betoogt nog duidelijke herinneringen te hebben aan de voorlichting destijds, is de Geschillencommissie van oordeel dat het tijdsverloop in deze zaak wel degelijk een grote rol speelt bij de mogelijkheid te kunnen reconstrueren wat er destijds is besproken. Daarbij is ook van belang dat het verstrijken van geruime tijd bij de bank de verwachting kan wekken dat haar geen tekortkomingen worden verweten die (veel) eerder naar voren hadden kunnen worden gebracht.
- 3.4.3 Op grond van het nieuwe Reglement is de klacht, naar het oordeel van de Geschillencommissie, niet-ontvankelijk op grond van artikel 15 lid 2. Het had op de weg van belanghebbende gelegen binnen een jaar na het ontvangen van de eindafrekeningen van de overeenkomst (het gewaarwordingsmoment), zijn klacht daarover in te dienen bij de bank. De Geschillencommissie verwerpt het standpunt van belanghebbende dat niet het gewaarwordingsmoment, maar het moment waarop het definitieve standpunt (volgens belanghebbende: 18 april 2011) van de bank aan hem kenbaar was gemaakt doorslaggevend dient te zijn.
- 3.4.4 De omstandigheid dat de Geschillencommissie belanghebbende bij brief van 17 oktober 2011 voorshands ontvankelijk heeft verklaard, staat niet eraan in de weg dat zij later van dit oordeel terugkomt, aldus de Geschillencommissie.

4. Beoordeling van het beroep

- 4.1 In dit hoger beroep dient te worden beoordeeld of de Geschillencommissie belanghebbende terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard.
- 4.2 Naar het oordeel van de Beroepscommissie dient eerst te worden vastgesteld welk Reglement (het oude of het nieuwe) deze kwestie beheerst.
- 4.3 Het oude Reglement gold tot 1 oktober 2011. Geschillen die voor die datum aan de Geschillencommissie zijn voorgelegd, worden beheerst door het oude Reglement, inclusief de daarin opgenomen ontvankelijkheidsregeling. In het onderhavige geval staat vast dat de klacht van belanghebbende ruimschoots voor 1 oktober 2011 aan de Geschillencommissie is voorgelegd, zodat de ontvankelijkheid van de klacht dient te worden vastgesteld aan de hand van het oude Reglement.
Dat is slechts anders als uit het nieuwe Reglement volgt dat de ontvankelijkheid niet door het oude maar het nieuwe Reglement wordt beheerst.
- 4.4 Het nieuwe Reglement is op 1 oktober 2011 in werking getreden. Klachten die vanaf die datum bij Kifid (de Ombudsman of de Geschillencommissie) zijn voorgelegd, worden derhalve door het nieuwe Reglement bestreken. Het nieuwe Reglement kent voorts een Overgangsbepaling die als volgt luidt:
“Dit reglement heeft onmiddellijke werking. Op zaken die bij de Ombudsman of de Geschillencommissie aanhangig zijn gemaakt voor de datum van inwerkingtreding van dit reglement, blijft het oude reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening, respectievelijk Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van toepassing indien en voor zover de onmiddellijke werking een partij onevenredig zou benadelen.”
- Naar het oordeel van de Beroepscommissie zou ofwel de bank ofwel belanghebbende onevenredig worden benadeeld indien ter zake van de ontvankelijkheid het nieuwe Reglement met onmiddellijke werking zou worden toegepast. Indien de klacht onder het oude Reglement ontvankelijk is, zou belanghebbende onevenredig worden benadeeld als de bank alsnog op grond van het nieuwe Reglement de niet-ontvankelijkheid kan inroepen. Omgekeerd zou de bank onevenredig worden benadeeld indien belanghebbende op grond van het oude Reglement niet-ontvankelijk is, en vervolgens alsnog ontvankelijk zou worden verklaard op grond van het nieuwe Reglement.
- 4.5 De conclusie luidt dat de ontvankelijkheid uitsluitend aan de hand van het oude Reglement zal worden beoordeeld.
- 4.6 Ten aanzien van de ontvankelijkheid onder het oude Reglement voert belanghebbende het volgende aan.
- Belanghebbende stelt ter zake van art. 10.1 sub a dat de feiten waarop het geschil betrekking heeft, hem nog niet bekend waren of konden zijn op het tijdstip waarop hij de eindafrekening van de bank ontving (29 april 2005). De Geschillencommissie heeft volgens hem ten onrechte dit tijdstip doorslaggevend geacht. Belanghebbende wist ten tijde van de eindafrekening wel dat hij verlies had geleden, maar realiseerde zich nog niet dat hij

beschikte over een aandelenleaseovereenkomst en begreep evenmin dat hij de bank voor de door hem geleden schade aansprakelijk kon stellen. Hiervan raakte hij pas werkelijk doordrongen ten tijde van de uitspraak van de Hoge Raad van 5 juni 2009.

- Voorts kan volgens belanghebbende niet worden gezegd dat de feiten waarop het geschil betrekking heeft in een te ver verleden liggen (art. 10.1 sub e). Belanghebbende voert aan dat hij voldoende bewijsstukken heeft overgelegd op grond waarvan kan worden vastgesteld wat er ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst heeft plaatsgevonden. Ondanks het grote tijdsverloop kunnen de feiten nog goed worden geconstrueerd en kan worden vastgesteld hoe [naam (B.V.)] destijds te werk ging.

- 4.7 De Beroepscommissie oordeelt hierover als volgt. Op grond van artikel 10.1 sub a van het oude Reglement dient belanghebbende niet-ontvankelijk te worden verklaard indien meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop de belanghebbende 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 bank is voorgelegd. Met de Geschillencommissie is de Beroepscommissie van oordeel dat in een zaak als de onderhavige in beginsel moet worden aangenomen dat belanghebbende ten tijde van de ontvangst van de eindafrekening kennis heeft genomen van de feiten waarop dit geschil betrekking heeft, althans daarvan redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen. Op dat moment is hem immers duidelijk geworden dat hij verlies had geleden met de door hem gesloten aandelenlease-overeenkomst. Tussen de datum van de eindafrekening en het tijdstip waarop de klacht aan de bank is voorgelegd, is – naar de Geschillencommissie onbestreden heeft vastgesteld – meer dan drieënhalf jaar verstreken.
- 4.8 Hoewel denkbaar is dat het vorenstaande onder bepaalde (door belanghebbende te stellen) feiten en omstandigheden anders ligt, ziet de Beroepscommissie in deze zaak geen aanleiding om het “gewaarwordingsmoment” op een later tijdstip te stellen. Belanghebbende heeft terzake aangevoerd dat hij pas bekend is geworden met de mogelijkheid dat hij de bank aansprakelijk zou kunnen stellen, toen dit soort zaken op televisie in de publiciteit kwamen, naar de Beroepscommissie begrijpt: omdat hem toen pas duidelijk werd welke juridische implicaties aandelenlease-overeenkomsten konden hebben. Hij stelt dat hij pas medio 2009 op de hoogte is geraakt van alle feiten die betrekking hadden op zijn geschil.
- 4.9 Deze toelichting overtuigt reeds niet omdat vaststaat dat belanghebbende al in 2007 een opt-out verklaring heeft afgelegd ter zake van de Duisenberg-regeling. Hieruit leidt de Beroepscommissie af dat hij in ieder geval in 2007 ervan op de hoogte was dat hij de bank (mogelijk) kon aanspreken. Gesteld noch gebleken is dat hij binnen een jaar na het afleggen van de opt-out verklaring een klacht heeft voorgelegd bij de bank. Daarbij betreft de Beroepscommissie dat de Geschillencommissie heeft vastgesteld dat belanghebbende zich eerst op 19 december 2008 tot de bank heeft gewend, welk oordeel belanghebbende niet heeft weersproken.
- 4.10 De conclusie is dat belanghebbende niet-ontvankelijk is op grond van artikel 10.1 sub a van het oude Reglement.

- 4.11 Belanghebbende voert nog aan dat de Geschillencommissie op 17 oktober 2011 de zaak voorshands in behandeling heeft genomen, zodat de klacht in beginsel niet meer niet-ontvankelijk kon worden verklaard. Deze klacht faalt omdat het feit dat in de brief van 17 oktober 2011 is gemeld dat de Geschillencommissie de zaak voorshands in behandeling zou nemen, niet leidt tot de verstrekkende gevolgen die belanghebbende bepleit. Het woord “voorshands” duidt immers erop dat het gaat om een voorlopige beslissing.
- 4.12 Tot slot wijst belanghebbende erop dat de Geschillencommissie in het verleden al verschillende keren klachten tegen de bank in behandeling heeft genomen waarbij er ruimschoots meer dan tien jaar waren verstreken tussen het moment van totstandkoming van de aandelenlease-overeenkomst en het aanhangig maken van het geschil. Belanghebbende mocht erop vertrouwen dat ook zijn zaak in behandeling zou worden genomen. Deze klacht heeft evenmin succes. Immers, gesteld noch gebleken is dat in de gevallen waarop belanghebbende doelt, door de wederpartij een beroep is gedaan op niet-ontvankelijkheid wegens het verstrijken van een bepaalde termijn.
- 4.13 De conclusie is dat de Geschillencommissie de klacht van belanghebbende terecht op grond van artikel 10.1 sub a van het oude Reglement niet-ontvankelijk heeft verklaard. De bestreden beslissing zal dus worden gehandhaafd.
- 4.14 Ten overvloede zal de Beroepscommissie nog enkele overwegingen wijden aan de inhoud van de zaak. [naam consument] heeft zich primair beroepen op wilsgebreken, bedrog, dwaling en misbruik van omstandigheden bij de totstandkoming van de effectenlease-overeenkomst, ertoe leidend dat de overeenkomst buitengerechtelijk vernietigd kon worden. Subsidiar beroept hij zich op misleiding hetgeen volgens [naam consument] zou moeten resulteren in ontbinding van de overeenkomst. Meer subsidiar is [naam consument] van mening dat [naam] onrechtmatig heeft gehandeld door haar zorgplicht jegens [naam consument] te schenden.
- 4.14.1 Of [naam consument] een beroep op een wilsgebrek zou toekomen, hangt af van de concrete omstandigheden van dit geval, waarop de Beroepscommissie niet nader in zal gaan. Wel wijst de Beroepscommissie erop dat het op de weg van [naam consument] ligt feiten en omstandigheden naar voren te brengen waaruit blijkt dat [naam] hem niet de relevante informatie over de inhoud van de overeenkomst heeft verschaft. Het gaat daarbij in het bijzonder erom of – ongeacht de eventuele uitlatingen van de tussenpersoon – het schriftelijk contract (dan wel andere door [naam] verstrekte stukken) voorzag in informatie over het feit dat [naam] een geldlening zou verstrekken, dat het geleende bedrag zou worden belegd in effecten, dat over die bedragen rente was verschuldigd, en dat de geleende bedragen moesten worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten op het tijdstip van verkoop daarvan. Daarbij geldt dat op [naam consument] een onderzoeksplicht rust die inhoudt dat hij zich redelijke inspanningen getroost om kennis te nemen van de inhoud van het contract en de overige door [naam] beschikbaar gestelde stukken. Voor zover [naam consument] zich beroept op gebrekkige, onjuiste of misleidende informatie van de zijde van de tussenpersoon, ligt het op zijn weg feiten en omstandigheden naar voren te brengen op grond waarvan kan worden aangenomen dat de informatie van de tussenpersoon gebrekkig, onjuist of misleidend is en bovendien dat de handelwijze van de

tussenpersoon aan [naam] kan worden toegerekend. Ten aanzien van dit laatste is van belang dat artikel 6:76 BW slechts ziet op de aansprakelijkheid voor gedragingen van hulppersonen die worden gebruikt bij de uitvoering van een verbintenis, waarmee niet zonder meer gelijk kan worden gesteld de gedragingen van een tussenpersoon bij de totstandkoming van een overeenkomst.

4.14.2 Het beroep van [naam consument] op ontbinding van de effectenlease-overeenkomst, zou slechts doel kunnen treffen indien komt vast te staan dat [naam] tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst (art. 6:265 BW). De stelling van [naam] dat sprake is geweest van “misleiding” lijkt echter niet te zien op de wijze waarop [naam] de overeenkomst heeft uitgevoerd.

4.14.3 Wat betreft het beroep van [naam consument] op de schending van de (bijzondere) zorgplicht door [naam], staat voorop dat [naam] niet heeft bestreden dat zij haar zorgplicht heeft geschonden. Partijen verschillen van mening in hoeverre [naam Consument] gehouden is de door [naam consument] gestelde schade te vergoeden. Bij de beoordeling van dit geschilpunt zijn leidend de arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009 en 29 april 2011. Samengevat weergegeven komt het erop neer dat [naam] in beginsel tweederde gedeelte van de restschuld voor haar rekening dient te nemen en dat de door de klant betaalde rente niet voor vergoeding in aanmerking komt, tenzij de aandelenlease-overeenkomst naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware last op de klant legt.

5. Beslissing

De Beroepscommissie handhaaft de bestreden beslissing.