

**Beslissing Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-388 d.d.
28 oktober 2014**

**(mr. C.E. du Perron, voorzitter, mr. E.M. Dil-Stork en mr. J.W.M. Lenting, leden en
mr. F. Faes, secretaris)**

Samenvatting

Klacht tegen aanbieder van een effectenleaseproduct. De gekoppelde klacht tegen de tussenpersoon is gepubliceerd onder nummer 2014-389 en de klacht tegen de aanbieder van het consumptief krediet is gepubliceerd onder nummer 2014-387.

Consument heeft via een tussenpersoon een effectenleaseovereenkomst met een terugbetalingsgarantie van 100% van het belegde bedrag bij de aanbieder afgesloten. Tevens heeft Consument via de tussenpersoon een consumptief krediet en een overlijdensrisicoverzekering afgesloten. Volgens de tussenpersoon zou met de opbrengst uit hoofde van de effectenleaseovereenkomst ook het consumptief krediet kunnen worden afgelost. Consument heeft diverse klachten geuit tegen de aanbieder van het effectenleaseproduct. De Commissie concludeert dat Consument niet ontvankelijk is in zijn klacht: er is te veel tijd verstreken tussen het 'gewaarwordingsmoment' en het voorleggen van de klacht. De klacht is om die reden niet-ontvankelijk.

Consument,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Defam B.V., gevestigd te Bunnik, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

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 van Consument, ontvangen op 16 juli 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument; en
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 6 juni 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. Consument is op 29 juli 2003 telefonisch benaderd door de onafhankelijke tussenpersoon O&B Finance Nederland B.V. (hierna: O&B), die destijds handelde onder de naam EFC Interkrediet. In dit telefoongesprek is Consument gevraagd of hij leningen had lopen en geïnteresseerd was in lagere maandlasten. Na bevestigend antwoord is een afspraak gemaakt voor een gesprek bij Consument thuis, welke afspraak schriftelijk door O&B is bevestigd. Op 11 augustus 2003 heeft het afgesproken adviesgesprek bij Consument thuis plaatsgevonden. Dezelfde dag hebben Consument en zijn partner na advisering en bemiddeling van O&B een overeenkomst van geldlening gesloten met (een dochtervennootschap van) Interbank N.V. (hierna: Interbank). De kredietlimiet bedraagt € 25.000,-. Een bedrag van € 10.882,- van het krediet is gebruikt om een bestaande geldlening in te lossen. Een bedrag van € 2.527,- is als koopsom aan Cardif voldaan. Het resterende bedrag van € 11.591,- is aan Consument en zijn partner ter beschikking gesteld.
- 3.2. Ook hebben Consument en zijn partner na advisering en bemiddeling van O&B op 11 augustus 2003 een verzekering bij Cardif ter dekking van het risico van overlijden van Consument of zijn partner gesloten. Een deel van de geldlening ter grootte van € 2.527,- is direct gebruikt als koopsom voor de verzekering. De einddatum van de verzekering was 11 augustus 2009.
- 3.3. Daarnaast hebben Consument en zijn partner op 11 augustus 2003 door bemiddeling van O&B een effectenleaseovereenkomst (“*Defam Index Garantie Plan*”) gesloten met (een rechtsvoorganger van) Aangeslotene. Het overgelegde contract vermeldt een leasebedrag van €12.900,-, waarvoor certificaten werden gekocht die werden geadmistreerd bij een bank. De over het leasebedrag aan Aangeslotene te betalen rente bedroeg 8,5% op jaarbasis (effectief 8,8%) en moest worden betaald in 72 maandtermijnen van € 91,38. Aan het einde van de looptijd moest het leasebedrag worden afgelost door betaling van een slottermijn van € 12.900. Ná 72 maanden verkoopt Aangeslotene de certificaten waarna zij de opbrengst van de verkoop gebruikt ter aflossing van de uitstaande lening. Een daarna eventueel resterend surplus keert zij aan Consument uit. Deze effectenleaseovereenkomst kent een terugbetalingsgarantie van 100% van het belegde bedrag, zodat, bij onvoldoende waarde na 72 maanden, er geen restschuld overblijft.
- 3.4. Aangeslotene is op de einddatum van de effectenleaseovereenkomst (1 september 2009) overgegaan tot verkoop van de certificaten. De opbrengst van de certificaten bij verkoop was niet voldoende om het bedrag van € 12.900,- af te lossen. Uit hoofde van de garantie is er echter voor Consument geen restschuld overgebleven uit hoofde van de effectenleaseovereenkomst.
- 3.5. In het najaar van 2009 heeft Consument zich bij Interbank en O&B beklagd dat de in 2003 gesloten overeenkomsten niet het voorgespiegelde resultaat hebben opgeleverd. Bij e-mailbericht van 8 maart 2012 heeft de gemachtigde van Consument zich bij Aangeslotene beklagd over de tegenvallende resultaten van de in 2003 gesloten overeenkomsten.

4. De vordering en de grondslagen

- 4.1. Consument vordert, naar de Commissie begrijpt, vernietiging van de spaarleenconstructie die bestaat uit de kredietovereenkomst en de effectenleaseovereenkomst, met teruggave van de inleg (begroot op in totaal € 36.450,90). Daarnaast vordert Consument vergoeding van de juridische kosten (onder verwijzing naar een eerdere uitspraak van de Commissie

begroot op zeven punten van het liquidatietarief) en de wettelijke rente vanaf de ingangsdatum.

- 4.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:
- Consument stelt dat de in 2003 gesloten overeenkomsten tot stand zijn gekomen doordat Aangeslotene zich te buiten is gegaan aan colportage ('cold calling'), om welke reden de overeenkomsten moeten worden vernietigd.
 - Voorts betoogt Consument dat aan het tekortschieten van Aangeslotene is te wijten dat hij bij het aangaan van de geldlening heeft gedwaald, althans is misleid, om welke redenen de overeenkomst moet worden vernietigd. In ieder geval heeft Aangeslotene bij het aanbieden van het product en het afsluiten van de overeenkomst haar zorg- en informatieplicht verzaakt zodat zij jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld en de door Consument geleden schade moet vergoeden, aldus Consument. Consument verkeerde in de veronderstelling dat na ommekomst van de looptijd van de effectenleaseovereenkomst het doorlopend krediet met de opbrengst van de effectenleaseovereenkomst geheel kon worden afgelost.
 - O&B kan worden aangemerkt als een hulppersoon van Aangeslotene. Aangeslotene is daarom aansprakelijk voor het door O&B gegeven advies.
- 4.3. Aangeslotene heeft de vordering gemotiveerd bestreden. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

- 5.1. Alvorens de Commissie tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil kan komen, dient allereerst te worden beslist op het door Aangeslotene gevoerde verweer omtrent de ontvankelijkheid van de klacht van Consument. In dat kader overweegt de Commissie als volgt.
- 5.2. Aangeslotene heeft als meest vergaande verweer aangevoerd dat de klacht van Consument op grond van artikel 10.1 onder a van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (oud) niet binnen redelijke termijn aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening is voorgelegd, dan wel op grond van artikel 10.1 onder e van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (oud) niet behandeld kan worden omdat de feiten waarop het geschil betrekking heeft in een te ver verleden liggen. Voorts stelt Aangeslotene dat Consument zijn recht om een klacht in te dienen heeft verwerkt omdat hij zich niet binnen bekwame tijd ex artikel 6:89 BW bij Aangeslotene heeft beklagd. Zij heeft daartoe aangevoerd dat Consument in september 2009 – de expiratiedatum van de effectenleaseovereenkomst – heeft kunnen vaststellen dat de opbrengst van de effectenlease onvoldoende was om de geldlening bij Interbank af te lossen. Hij had toen dus kunnen weten dat zijn aanvankelijke voorstelling niet juist was. Consument heeft in 2009 en in de periode daarna geen klacht aan Aangeslotene voorgelegd, noch aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening. De gemachtigde van Consument heeft zich eerst bij e-mailbericht van 8 maart 2012 bij Aangeslotene beklagd. Gelet op het voorgaande dient de klacht van Consument niet-ontvankelijk te worden verklaard, aldus Aangeslotene.

- 5.3. De stelling van Aangeslotene dat Consument heeft nagelaten binnen bekwame tijd te klagen, is in overeenstemming met eerdere uitspraken van de Commissie over de toepassing van de termijnen die zijn voorzien in haar nu van kracht zijnde Reglement, in de vorige versies van dat Reglement en in het Reglement van voorgangsters bij de behandeling van effectenleasezaken zoals de onderhavige (zie bijvoorbeeld GC 2013-94 en GC-2014-283). De Commissie hanteert als uitgangspunt dat een consument in elk geval binnen bekwame tijd na ontvangst van de eindafrekening, zijnde het moment waarop hij zich bewust moet zijn geworden van de gevolgen van de overeenkomst (het 'gewaarwordingsmoment'), zijn klacht aan de betrokken financieel dienstverlener dient voor te leggen. Daarbij heeft de Commissie bepaald dat een consument in ieder geval binnen een jaar na afloop van de effectenleaseovereenkomst dient te hebben geklaagd.
- 5.4. Dit beleid is erop gericht 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 is 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 effectenleaseovereenkomst, liggen aan de klacht feiten en omstandigheden ten grondslag die zich circa tien jaar geleden hebben voorgedaan. De Commissie oordeelt dat het tijdsverloop een grote rol speelt bij de mogelijkheid te kunnen reconstrueren wat er destijds is besproken en aannemelijk is dat een dergelijke reconstructie nu niet meer op behoorlijke wijze kan geschieden. In dit verband merkt de Commissie voorts op dat 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.
- 5.5. De Commissie is van oordeel dat het op de weg van Consument had gelegen binnen een jaar na de expiratedatum van de effectenleaseovereenkomst zijn klacht daarover in te dienen bij Aangeslotene. Naar het oordeel van de Commissie had Consument zich na de eindafrekening in september 2009 moeten realiseren dat de opbrengsten van de effectenleaseovereenkomst onvoldoende waren om de geldlening af te lossen. Dit zou voor Consument voldoende aanleiding geweest moeten zijn om te veronderstellen dat hij een product had afgesloten dat niet overeenkwam met hetgeen hem, volgens eigen zeggen, was voorgehouden, namelijk een spaarproduct.
- 5.6. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene per e-mailbericht van de gemachtigde van Consument van 8 maart 2012 voor het eerst op de hoogte is gesteld van de klacht van Consument. Het is de Commissie niet gebleken dat Consument op een eerder moment bij Aangeslotene heeft geklaagd. Naar het oordeel van de Commissie is met indiening van de klacht op 8 maart 2012 een redelijke termijn zoals vermeld onder r.o. 5.3 ruimschoots verstreken.
- 5.7. Gelet op de hierboven genoemde overwegingen concludeert de Commissie dat Consument niet-ontvankelijk is in zijn klacht: er is te veel tijd verstreken tussen het gewaarwordingsmoment en het voorleggen van de klacht. Om die reden behoeven de andere door Aangeslotene aangevoerde punten betreffende de ontvankelijkheid geen behandeling meer. Aan de inhoudelijke beoordeling van de klacht komt de Commissie mitsdien ook niet toe.

- 5.8. Aangeslotene heeft gevorderd dat Consument wordt veroordeeld in de proceskosten. De Commissie is van oordeel dat uit het bepaalde in artikel 40.9 jo. 40.10 van het reglement onmiskenbaar blijkt dat er in de procedure bij de Commissie geen ruimte is voor een proceskostenveroordeling ten laste van Consument. Het verzoek van Aangeslotene wordt derhalve afgewezen.
- 5.9. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.