

**Niet-Bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening
nr. 2014-389 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 de tussenpersoon. De gekoppelde klacht tegen de aanbieder van het effectenleaseproduct is gepubliceerd onder nummer 2014-388 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 over de tussenpersoon. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon mag worden verwacht, door bij Consument ten onrechte de indruk te wekken dat met de opbrengst van de effectenleaseovereenkomst ook het krediet zou kunnen worden afgelost. De vordering van Consument wordt gedeeltelijk toegewezen.

Consument,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AFAB Geldservice B.V., gevestigd te Amersfoort, 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 niet bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 6 juni 2014.

Aldaar zijn consument en zijn vertegenwoordiger verschenen.

Aangeslotene heeft laten weten niet ter zitting aanwezig te zullen zijn. Aangeslotene is dan ook niet ter zitting verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. Consument is op 29 juli 2003 telefonisch benaderd door O&B Finance B.V. zijnde een rechtsvoorganger van Aangeslotene, die destijds handelde onder de naam EFC Interkrediet en als onafhankelijke tussenpersoon opereerde. In dit telefoongesprek is Consument gevraagd of hij leningen had lopen en geïnteresseerd was in lagere maandlasten. Na een bevestigend antwoord van Consument is een afspraak gemaakt voor een gesprek bij Consument thuis, welke afspraak schriftelijk door Aangeslotene 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 Aangeslotene een kredietovereenkomst 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 Aangeslotene 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 Aangeslotene een effectenleaseovereenkomst ("*Defam Index Garantie Plan*") gesloten met Defam Financieringen B.V., thans genaamd Defam B.V. (hierna: Defam). Het overgelegde contract vermeldt een leasebedrag van € 12.900,-, waarvoor certificaten werden gekocht die werden geadmistreerd bij een bank. De over het leasebedrag aan Defam 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 Defam 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. Defam is op de einddatum (1 september 2009) van de effectenleaseovereenkomst 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. Per e-mailbericht van 22 oktober 2009 heeft Consument zich bij Aangeslotene beklagd over de in 2003 afgesloten overeenkomsten. In het najaar van 2009 heeft Consument zich eveneens beklagd bij Interbank. Bij e-mailbericht van 8 maart 2012 heeft de gemachtigde van Consument zich bij Defam 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 krediet- en 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 overeenkomst 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 overeenkomsten 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.
 - De door Aangeslotene geadviseerde overlijdensrisicoverzekering is overbodig geweest, nu de kredietovereenkomst ook een regeling bij overlijden kent.
- 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

Rechtsverlies door niet tijdig klagen

- 5.1. Alvorens de Commissie ingaat op de vordering van Consument, zal zij eerst het formele verweer van Aangeslotene beoordelen. Aangeslotene beroept zich op artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en stelt dat Consument niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd. Aangeslotene voert hiertoe aan dat er voor Consument ten tijde van het afsluiten van de kredietovereenkomst, de verzekering en de effectenleaseovereenkomst geen onduidelijkheid kan hebben bestaan omtrent de omvang van de betalingsverplichtingen, de looptijd van de verzekering, de hoogte van de verschuldigde premie, de hoogte van de rente, de risico's, de kosten en eventuele andere gebreken in de in 2003 geslotene overeenkomsten. Indien Consument het hiermee niet eens zou zijn geweest, had hij direct moeten klagen. Consument heeft zich echter pas in het najaar van 2009 bij Aangeslotene beklagd en heeft daarmee zijn rechten verloren.
- 5.2. De Commissie oordeelt als volgt. Zoals overwogen in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, dient de vraag of binnen bekwame tijd is geklaagd te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waarbij van groot gewicht is of Aangeslotene in haar belangen is geschaad. De tijd die is verstreken tussen het moment dat het gebrek in de

prestatie is ontdekt of had moeten worden ontdekt en het indienen van de klacht is weliswaar een belangrijke factor, maar niet doorslaggevend. Aangeslotene heeft gesteld dat zij als gevolg van het tijdsverloop in haar belangen is geschaad, maar heeft deze stelling onvoldoende onderbouwd. Het is de Commissie niet gebleken dat Aangeslotene daadwerkelijk nadeel heeft geleden door dit tijdsverloop. Dit brengt mee dat het beroep op artikel 6:89 BW wordt afgewezen en de Commissie de klacht van Consument inhoudelijk zal behandelen.

Inhoudelijke beoordeling

- 5.3. Tussen partijen is in geschil of de in 2003 gesloten overeenkomsten tot stand zijn gekomen door middel van colportage. Er is sprake van colportage in de zin van de Colportagewet als iemand in de uitoefening van een beroep of bedrijf een particulier tot het sluiten van een overeenkomst tracht te bewegen door persoonlijk bezoek. Van belang is daarbij bij wie in overwegende mate het initiatief tot het persoonlijk bezoek heeft gelegen.
- 5.4. De Commissie is van oordeel dat Consument heeft nagelaten zijn stelling dat de diverse overeenkomsten op grond van overtreding van de Colportagewet moeten worden vernietigd, in voldoende mate te onderbouwen. De Commissie merkt nog op dat de Colportagewet niet van toepassing is op de effectenleaseovereenkomst, aangezien de werking ervan zich niet uitstrekt tot effectenleaseovereenkomsten als de onderhavige (vergelijk Geschillencommissie Kifid 2014-11). Gelet op het voorgaande worden de stelling van Consument dat sprake is van colportage en alle daarmee samenhangende stellingen (waaronder het beroep op vernietiging van de overeenkomsten) verworpen.
- 5.5. Ten aanzien van de stellingen van Consument dat er sprake is van dwaling en/of misleiding is de Commissie van oordeel dat Consument onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld ten aanzien van deze stellingen. De stellingen zijn derhalve onvoldoende onderbouwd om tot gehele of gedeeltelijke toewijzing van de vordering te kunnen leiden. Voor zover Consument vernietiging van de geldlening en effectenleaseovereenkomst vordert, geldt voorts dat het beroep op dwaling en/of misleiding niet jegens Aangeslotene kan worden gedaan nu Aangeslotene geen partij is bij deze overeenkomsten.
- 5.6. Inzake de vraag of Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens Consument, overweegt de Commissie het volgende.
- 5.7. Vooropgesteld dient te worden dat Aangeslotene als adviseur, (krediet)bemiddelaar en assurantietussenpersoon op grond van artikel 7:401 BW tegenover haar opdrachtgever verplicht is om bij haar werkzaamheden de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon verwacht mag worden. De Commissie is van oordeel dat dit in ieder geval meebrengt dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon ervoor behoort te zorgen dat het door haar verstrekte advies past bij de persoonlijke omstandigheden en doelstellingen van haar cliënt en in diens belang is.
- 5.8. Ter zitting heeft Consument gesteld dat de door Aangeslotene geadviseerde overlijdensrisicoverzekering overbodig was nu de geldlening ook een regeling in geval van overlijden kent. De Commissie heeft geconstateerd dat uit de overgelegde stukken blijkt dat de geldlening een kwijtscheldingsregeling bij overlijden kent en dat via Aangeslotene tevens de verzekering ter dekking van het risico van overlijden van Consument of zijn partner is gesloten. Aangeslotene heeft niets gesteld waaruit kan worden afgeleid dat de overlijdensrisicoverzekering desondanks in het belang van Consument of diens partner was. Niet gesteld of gebleken is dat de verzekering Consument enig voordeel heeft gebracht

waarmee dit bedrag aan vergoeding dient te worden verminderd. Een en ander brengt mee dat Aangeslotene jegens Consument aansprakelijk is voor de nodeloos betaalde premie (koopsom) van de overlijdensrisicoverzekering van € 2.527, alsmede voor de daarover door Consument betaalde en nog te betalen rente, tot het moment van uitkering van de hierna te noemen schadevergoeding.

- 5.9. Met betrekking tot de door Aangeslotene geadviseerde 'spaarleenconstructie' bestaande uit de kredietovereenkomst en de effectenleaseovereenkomst oordeelt de Commissie als volgt. In de schriftelijke stukken alsmede ter zitting heeft Consument toegelicht dat de medewerker van Aangeslotene tijdens zijn bezoek aan huis heeft aangegeven dat na zes jaar met de opbrengst uit hoofde van de effectenleaseovereenkomst ook de geldlening kon worden afgelost. Nu Aangeslotene deze stelling van Consument onvoldoende heeft betwist, vindt de Commissie dat Consument voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij op basis van de door Aangeslotene verstrekte informatie mocht verwachten dat hij na zes jaar de geldlening volledig zou kunnen aflossen. Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene niet heeft gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon door bij Consument een onjuiste indruk te wekken. De Commissie acht de klacht van Consument op dit punt dan ook gegrond.
- 5.10. Gelet op het voorgaande, dient de Commissie te beoordelen of de door Consument gevorderde schade met betrekking tot de kredietovereenkomst en de effectenleaseovereenkomsten voor vergoeding in aanmerking komt. Aannemelijk is dat Consument als gevolg van de onjuiste mededeling van Aangeslotene de kredietovereenkomst en de effectenleaseovereenkomst is aangegaan. Nu de aflossing na zes jaar niet heeft kunnen plaatsvinden doordat de effectenleaseovereenkomst niet bracht wat Consument op basis van de mededeling van Aangeslotene verwachtte, oordeelt de Commissie naar billijkheid dat de door Consument geleden schade hierdoor gelijk is aan het openstaande bedrag van de geldlening bij Interbank per 1 september 2009.
- 5.11. De Commissie ziet echter aanleiding om de in r.o. 5.8 en 5.10 genoemde bedragen te verminderen vanwege eigen schuld van Consument. De Commissie neemt daarbij in aanmerking dat het ook op de weg van de Consument had gelegen om, alvorens stukken te ondertekenen, van de inhoud daarvan kennis te nemen en na te gaan of de inhoud overeenkwam met zijn persoonlijke omstandigheden en doelstellingen. Daarbij komt dat Consument door ondertekening van de diverse overeenkomsten wordt geacht kennis te hebben genomen van de inhoud daarvan en daarmee akkoord te zijn gegaan. Voor zover hij stelt de diverse stukken niet te hebben bestudeerd en daardoor de inhoud niet (voldoende) tot zich te hebben genomen, dient dit voor zijn rekening te blijven. Alle voormelde omstandigheden meewegend, oordeelt de Commissie naar billijkheid dat Aangeslotene tweederde van de in r.o. 5.8 en 5.10 genoemde bedragen dient te vergoeden.
- 5.12. De schade die voor vergoeding in aanmerking komt, dient te worden vermeerderd met rente gelijk aan de wettelijke rente. Deze rente moet worden berekend met ingang van de dag waarop de klacht aan Aangeslotene is voorgelegd, zijnde 22 oktober 2009, tot aan de dag waarop Aangeslotene volledig aan haar in dit niet-bindend advies vastgestelde betalingsverplichting zal hebben voldaan. Voor de na deze dag betaalde debetrente, is de ingangsdatum de dag waarop Consument deze rente heeft betaald.
- 5.13. Voorts dient Aangeslotene aan Consument te vergoeden een bijdrage in de kosten van rechtsbijstand, die de Commissie naar billijkheid begroot, uitgaande van 3 punten volgens

het Liquidatietarief rechtbanken en gerechtshoven, op € 1.737,- alsmede de eigen bijdrage in de kosten van behandeling van dit geschil ad € 50,-.

- 5.14. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij niet-bindend advies vast dat Aangeslotene binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan Consument vergoedt:

- 1) een bedrag gelijk aan tweederde van het in r.o. 5.8 vermelde bedrag van € 2.527,-, vermeerderd met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf 22 oktober 2009 tot aan de dag van algehele voldoening;
- 2) een bedrag gelijk aan tweederde van de in r.o. 5.8. vermelde renteschade, vermeerderd met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf 22 oktober 2009, of, indien die dag later is, vanaf de dag waarop Consument de rente heeft betaald tot aan de dag van algehele voldoening;
- 3) een bedrag gelijk aan tweederde van het openstaande bedrag van de geldlening bij Interbank per 1 september 2009 (r.o. 5.10) met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf 22 oktober 2009 tot aan de dag van algehele voldoening;
- 4) een bedrag van € 1.737,-, zijnde de kosten voor rechtsbijstand; en
- 5) de door Consument betaalde eigen bijdrage van € 50,- aan de behandeling van deze klacht.

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.