Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0910
(mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter en mr. D.W.Y. Sie, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 10 maart 2021
Ingediend door	: De consument
Tegen	: ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	: 25 oktober 2021
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlage	: Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Samenvatting

Klacht over het advies van de bank bij de financiering van de verbouwing van de woning van de consument. De consument meent dat de bank ten onrechte hem niet heeft gewezen op het sluiten van een extra hypotheek in plaats van financiering via zijn rekeningcourantkrediet. De bank heeft als meest verstrekkende verweren een beroep gedaan op schending van de klachtplicht en op verjaring. De commissie komt niet toe aan een inhoudelijk oordeel, omdat het beroep op verjaring slaagt.

1. De procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van de bank; 3) de brieven van de consument van 31 mei 2021, 10 juni 2021 en 25 juni 2021; 4) de dupliek van de bank en 5) de aanvullende reactie van de consument van 8 september 2021.

1.2 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

1.3 De consument en de bank hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument is zowel privé als zakelijk klant bij de bank. Hij is op enig moment bij de bank gestart met het opbouwen van een beleggingsportefeuille met zijn spaargeld.

2.2 De waarde van de beleggingsportefeuille van de consument bedroeg per 31 december 2007 € 321.950,90.

2.3 In 2008 heeft de consument de bank benaderd voor de financiering van de verbouwing van zijn woning. Hij heeft uiteindelijk deze verbouwing gefinancierd met het 'roodstaan' (debetstand) op zijn bestaande rekeningcourantkrediet. De beleggingsportefeuille van de consument diende daarbij als onderpand voor het rekeningcourantkrediet (effectenkrediet).

2.4 In 2009 is door de waardedaling van de beleggingsportefeuille van de consument een onderdekking ontstaan voor het rekeningcourantkrediet. Nadat de bank en de consument gesprekken met elkaar hadden gevoerd, heeft de consument eind februari 2009 zijn gehele beleggingsportefeuille verkocht.

2.5 Op enig moment heeft de consument een klacht ingediend bij de bank. Op 9 augustus 2011 heeft de bank op zijn klacht gereageerd. Op 15 augustus 2011 heeft de consument zijn klacht per brief nader toegelicht aan de bank. In de brief heeft de consument aangegeven dat hij slecht is geadviseerd door de bank, omdat een verhoging van de hypothecaire geldlening volgens hem meer voor de hand had gelegen dan het (dwingend) advies om de beleggingsportefeuille te verkopen.

2.6 Vanaf 30 oktober 2018 heeft de consument per e-mail met zijn contactpersoon bij de bank gecorrespondeerd over zijn klacht. Daarbij heeft hij gevraagd of de bank een archief heeft voor de klachtcorrespondentie. Vervolgens heeft de consument de bank op 30 september 2019 en 9 december 2019 per brief gewezen op zijn eerder ingediende klacht. Na een telefoongesprek met de bank heeft de consument op 1 mei 2020 een derde brief aan de bank gestuurd waarin hij zijn klacht heeft omschreven.

2.7 Op 24 juli 2020 heeft de consument de bank onder verwijzing naar zijn eerder gestuurde brieven opnieuw per e-mail gewezen op zijn klachten. Op 27 juli 2020 heeft de consument de bank opnieuw een e-mail gestuurd. Op 30 juli 2020 heeft de bank per e-mail gereageerd op de klacht. Daarin heeft de bank opgemerkt dat hij te laat heeft geklaagd en dat zijn klacht verjaard is.

De vordering en de klacht

2.8 De consument vordert van de bank een bedrag van € 200.000,- uit hoofde van verlies op zijn beleggingsportefeuille.

2.9 De consument stelt dat de bank hem tweemaal onjuist advies heeft gegeven. Zo had de bank hem een extra hypothecaire geldlening moeten adviseren voor de financiering van de verbouwing van zijn woning in plaats van de mogelijkheid om rood te staan op zijn rekeningcourantkrediet. Daarnaast heeft de bank hem gedwongen om zijn gehele beleggingsportefeuille te verkopen, terwijl dit voorkomen had kunnen worden als de consument een extra hypothecaire geldlening had gesloten. Bij een extra hypothecaire geldlening was de waarde van de beleggingen niet relevant geweest. De consument had in aanmerking kunnen komen voor een extra hypothecaire geldlening, omdat zijn inkomen toereikend was en zijn woning een overwaarde had van minstens anderhalf miljoen euro. De bank heeft de consument onvolledige informatie verstrekt door hem niet te informeren over de verschillende alternatieven. Verder stelt de consument dat hij pas kon klagen toen hij realiseerde dat sprake was van financiële schade. De consument had het advies van de bank niet gevolgd als hij had geweten dat er een betrekkelijk risicoloos alternatief bestond ter oplossing van zijn probleem. Daarnaast hebben de persoonlijke omstandigheden van de consument eraan bijgedragen dat hij hulp nodig had en dat hij niet eerder zijn klacht heeft voortgezet. De consument heeft altijd alle adviezen van de bank opgevolgd, omdat hij de bank blindelings vertrouwde. De bank gaf de consument ruim 50 jaar zowel privé als zakelijk financiële adviezen. Bovendien heeft de bank hem pas na de laatste brief in 2020 naar Kifid verwezen.

Het verweer

2.10 De bank heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Kan de klacht inhoudelijk behandeld worden?

3.1 Voordat de commissie kan overgaan tot de inhoudelijke behandeling van de klacht van de consument over het advies van de bank, zal zij eerst moeten oordelen of het meest verstrekkende verweer van de bank slaagt. De bank heeft namelijk het verweer gevoerd dat de consument zijn klachtplicht heeft geschonden.

Is de klachtplicht geschonden?

3.2 Artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat de schuldeiser (hier: de consument) zich binnen bekwame tijd moet beklagen bij de schuldenaar (hier: de bank) nadat hij het gebrek in de prestatie (hier: het onjuiste advies) heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken. Een geslaagd beroep op dit artikel kan ertoe leiden dat de consument geen beroep meer kan doen op de eventuele tekortkoming in de prestatie, omdat hij ‘zijn recht heeft verwerkt’.

Een belangrijke factor voor de beoordeling van een beroep op dit artikel is de tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat de consument bekend werd met het gebrek (of hem redelijkerwijs bekend had moeten worden) en het tijdstip van het protest. Enkel tijdsverloop is echter niet voldoende voor een geslaagd beroep op artikel 6:89 BW.[1]

3.3 In dit verband moet rekening worden gehouden met enerzijds het ingrijpende rechtsgevolg voor de consument wegens het te laat protesteren – te weten verval van al zijn rechten met betrekking tot de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de bank is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan. De bank kan als schuldenaar door het tijdsverloop benadeeld zijn in haar bewijspositie of zij kan belemmerd zijn in haar mogelijkheden om de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van schending van de klachtplicht van artikel 6:89 BW dient gelet te worden op alle relevante omstandigheden van het geval.

3.4 De commissie is van oordeel dat het beroep van de bank op de schending van de klachtplicht niet slaagt. In beginsel geldt de administratie van de bank als leidend en mag de consument tegenbewijs leveren. Hoewel volgens de bank niets blijkt van de klacht van de consument uit 2011, heeft de consument voldoende het tegendeel bewezen. Uit de brief van 15 augustus 2011 van de consument volgt dat de bank had gereageerd op zijn klacht (en deze dus had ontvangen). Eveneens volgt uit deze brief dat de klacht in grote mate overeenkomt met de klacht die de consument aan de geschillencommissie heeft voorgelegd. De commissie concludeert dat de consument zich in ieder geval binnen twee jaar bij de bank heeft beklaagd over het advies voorafgaand aan het verkopen van zijn beleggingsportefeuille. Dat de bank *op dit moment* niet meer kan reconstrueren wat er in 2008 en 2009 is gebeurd, leidt niet tot de conclusie dat sprake is van schending van de klachtplicht. Het gaat namelijk om het moment waarop de consument zich - voor het eerst - heeft beklaagd bij de bank. Niet is gesteld of gebleken dat de belangen van de bank op 15 augustus 2011 waren geschaad door het (late) tijdstip van protest.

Is de vordering van de consument verjaard?

3.5 Verder voert de bank aan dat de vordering van de consument is verjaard. De commissie is van oordeel dat het beroep van de bank op verjaring slaagt. Daarbij gaat de commissie uit van het volgende.

3.6 In artikel 3:310 lid 1 BW staat dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden.

---

[1] Zie Hoge Raad 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615 en Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, te vinden op www.rechtspraak.nl.

De eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke partij moet zo worden opgevat dat het hier gaat om een *daadwerkelijke bekendheid*, zodat het enkele *vermoeden* van het bestaan van schade niet volstaat.

3.7 Van daadwerkelijke bekendheid zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken partij.[2] Onder omstandigheden kan een benadeelde dan ook pas geacht worden voldoende zekerheid te hebben dat hij schade heeft geleden als gevolg van tekortschietend of foutief handelen van de betrokken partij, wanneer hij kennis heeft gekregen van een juridisch advies of een rechterlijk oordeel.[3]

3.8 Aangezien partijen niet meer beschikken over de eerste klachtbrief van de consument uit 2011, staat naar het oordeel van de commissie vast dat de verjaringstermijn *in ieder geval* is gestart op 15 augustus 2011. Uit de stukken blijkt dat de consument daarna voor het eerst in oktober 2018 de kwestie weer ter sprake heeft gebracht bij de bank. Dit heeft ertoe geleid dat de consument op 30 september 2019 opnieuw zijn klacht heeft ingediend bij de bank. De commissie concludeert dat er meer dan vijf jaren zijn verstreken tussen de brief van 15 augustus 2011 en 30 september 2019. De vordering van de consument op de bank is hierdoor verjaard. Het is niet gesteld of gebleken dat de consument de verjaring heeft 'gestuit' zoals bedoeld in de artikelen 3:316 en 3:317 BW. Het is namelijk niet gebleken dat de consument in de relevante vijf jaar de bank heeft aangemaand of een 'daad van rechts-vervolging' (bijvoorbeeld het voeren van een procedure) heeft verricht.

3.9 De commissie heeft kennisgenomen van toelichting die de consument heeft gegeven op zijn persoonlijke omstandigheden en de commissie begrijpt dat het indienen van de klacht veel tijd en energie van hem heeft gevraagd. De commissie is echter van oordeel dat deze omstandigheden niet ertoe kunnen leiden dat het beroep van de bank op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Conclusie

3.10 Op grond van het voorgaande is de commissie van oordeel dat de vordering van de consument is verjaard. De vordering zal daarom worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

---

[2] Zie Hoge Raad 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, Hoge Raad van 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694 en Hoge Raad 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552 te vinden op www.rechtspraak.nl.

[3] Zie onder meer Hoge Raad 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, overweging 3.3.3, te vinden op www.rechtspraak.nl.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Burgerlijk Wetboek Boek 3

Artikel 310

1. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden.
2. Is de schade een gevolg van verontreiniging van lucht, water of bodem, van de verwezenlijking van een gevaar als bedoeld in artikel 175 van Boek 6 dan wel van beweging van de bodem als bedoeld in artikel 177, eerste lid, onder b, van Boek 6, dan verjaart de rechtsvordering tot vergoeding van schade, in afwijking van het aan het slot van lid 1 bepaalde, in ieder geval door verloop van dertig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.
3. Voor de toepassing van lid 2 wordt onder gebeurtenis verstaan een plotseling optredend feit, een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak. Bestaat de gebeurtenis uit een voortdurend feit, dan begint de termijn van dertig jaren bedoeld in lid 2 te lopen nadat dit feit is opgehouden te bestaan. Bestaat de gebeurtenis uit een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak, dan begint deze termijn te lopen na dit laatste feit.
4. Indien de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, een strafbaar feit oplevert waarop de Nederlandse strafwet toepasselijk is, verjaart de rechtsvordering tot vergoeding van schade tegen de persoon die het strafbaar feit heeft begaan niet zolang het recht tot strafvordering niet door verjaring of door de dood van de aansprakelijke persoon is vervallen.
5. In afwijking van de leden 1 en 2 verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden slechts door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Indien de benadeelde minderjarig was op de dag waarop de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend zijn geworden, verjaart de rechtsvordering slechts door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde meerderjarig is geworden.

(…)

Artikel 316

1. De verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolging van de zijde van de gerechtigde, die in de vereiste vorm geschiedt.
2. Leidt een ingestelde eis niet tot toewijzing, dan is de verjaring slechts gestuit, indien binnen zes maanden, nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld en deze alsnog tot toewijzing leidt. Wordt een daad van rechtsvervolging ingetrokken, dan stuit zij de verjaring niet.

3. De verjaring van een rechtsvordering wordt ook gestuit door een handeling, strekkende tot verkrijging van een bindend advies, mits van die handeling met bekwame spoed mededeling wordt gedaan aan de wederpartij en zij tot verkrijging van een bindend advies leidt. Is dit laatste niet het geval, dan is het vorige lid van overeenkomstige toepassing.
4. De verjaring van een rechtsvordering wordt ook gestuit door een ingestelde eis die niet tot toewijzing leidt, indien:
a) het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard op grond van artikel 1052, vijfde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en die uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan; of
b) de rechter zich onbevoegd heeft verklaard op grond van artikel 1022, eerste lid, 1067 of 1074d van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en die uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

Artikel 317
1. De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt.
2. De verjaring van andere rechtsvorderingen wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning, indien deze binnen zes maanden wordt gevolgd door een stuitingshandeling als in het vorige artikel omschreven.

Burgerlijk Wetboek Boek 6

Artikel 89
De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.