

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-437
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. A.C. de Bie, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 17 juni 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : Achmea Retail Bank N.V., gevestigd te Apeldoorn, verder te noemen 'de Bank'
Datum uitspraak : 18 juli 2018
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

De Commissie is van oordeel dat van voldoende gewichtige omstandigheden is gebleken die de termijnoverschrijding voor het indienen van de klacht rechtvaardigen. De vordering op grond van artikel 1:88 BW, dwaling en schending van de bijzondere zorgplicht van de bank is daarentegen verjaard.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument (zoals compleet per e-mail gestuurd op 21 november 2017); en
- de dupliek van de Bank.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Op 15 maart 2018 heeft een bemiddelingszitting plaatsgevonden, waarbij Consument en de Bank aanwezig waren. Partijen zijn niet gekomen tot een oplossing van de onderhavige klacht. Na de bemiddelingszitting hebben de Commissie en de behandelend secretaris die zitting aanwezig waren zich verschoond en is de procedure vervolgd.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft in mei 1998 20 effectenleaseovereenkomsten (genaamd Levob Hefboom Effect overeenkomsten, hierna te noemen: 'Overeenkomsten') afgesloten met een looptijd van tien jaar, op basis waarvan een bedrag van € 136.134,06 is belegd.

- 2.2 In 2004 heeft (de gemachtigde van) Consument zich beklaagd over de Overeenkomsten en heeft een gesprek tussen partijen plaatsgevonden om te bezien of een oplossing in der minne kon worden bereikt. Bij e-mailbericht van 23 november 2004 heeft (de gemachtigde van) Consument de Bank een voorstel gedaan om de zaak in der minne te regelen. Bij brief van 30 november 2004 heeft de Bank dit voorstel afgewezen en (de gemachtigde van) Consument verzocht haar financiële gegevens te sturen. Bij e-mailbericht van 2 december 2004 heeft (de gemachtigde van) Consument medegedeeld dat alle financiële gegevens uit 1998 al voorhanden waren bij de bespreking die tussen partijen had plaatsgevonden
- 2.3 In maart 2006 zijn de Overeenkomsten beëindigd.
- 2.4 De Bank heeft Consument op 21 maart 2006 en 22 maart 2006 eindafrekeningen gezonden inzake de beëindiging van de Overeenkomsten. Blijkens het overzicht van 21 maart 2006 bedroeg de totale restschuld € 49.836,80 (per contract € 2.491,84). De Bank heeft Consument verzocht de totale restschuld voor de Overeenkomsten binnen tien dagen te voldoen. Consument heeft dit nagelaten.
- 2.5 Op 12 januari 2012 heeft de echtgenote van Consument de Bank ervan in kennis gesteld dat haar toestemming als in artikel 1:88 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW') voor het aangaan van de Overeenkomsten ontbrak. Hierop heeft de Bank bij brief op 16 januari 2012 gereageerd en kenbaar gemaakt dat zij die vernietiging niet erkent.
- 2.6 Op 19 april 2012 heeft de echtgenote van Consument een klacht aan de Geschillencommissie Kifid voorgelegd, die op 29 juli 2014 uitspraak heeft gedaan. Hiertegen is de echtgenote van Consument in beroep gegaan bij de Commissie van Beroep Kifid die de klacht niet behandelbaar heeft verklaard, omdat alleen Consument als contractant een vordering kan instellen gebaseerd op de buitengerechtelijke vernietiging op grond van artikel 1:88 BW.
- 2.7 Op 21 augustus 2015 heeft de gemachtigde van Consument bij de Bank geklaagd over het gegeven dat zij de vernietiging van Overeenkomsten niet erkent. De Bank heeft hier niet op gereageerd.
- 2.8 Op 7 oktober 2015 heeft de gemachtigde van Consument te kennen gegeven dat hij de klacht zal voorleggen aan Kifid.
- 2.9 Op 17 juni 2016 heeft Consument bij Kifid een klacht ingediend.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert € 159.090,40.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. De echtgenote van Consument heeft de overeenkomsten buitengerechtelijk vernietigd op grond van artikel 1:88 c.q. 1:89 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW'). Voorts heeft Consument gedwaald. In ieder geval heeft de Bank bij het aanbieden van het product en het afsluiten van de Overeenkomsten haar zorg- en informatieplicht verzaakt zodat zij toerekenbaar is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld en de door Consument geleden schade moet vergoeden. De Overeenkomsten zijn daarnaast tot stand gekomen met tussenkomst van een cliëntenremisier die Consument beleggingsadvies heeft gegeven, zonder dat deze daarvoor de juiste vergunning had, terwijl de Bank hiervan op de hoogte was of kon zijn.

Verweer van de Bank

3.3 De Bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Behandelbaarheid

4.1 De Bank heeft gesteld dat de klacht van Consument niet-ontvankelijk is op grond van artikel 12.1 c.q. 12.3 van het geldende Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (tot 1 april 2017), omdat Consument zijn klacht niet binnen een redelijke termijn aan het Klachteninstituut heeft voorgelegd. Alvorens de Commissie tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil kan komen, dient derhalve allereerst te worden beslist op het door de Bank gevoerde verweer omtrent de ontvankelijkheid van de klacht van Consument.

4.2 De echtgenote van Consument heeft op 12 januari 2012 bij brief kenbaar gemaakt de overeenkomsten buitengerechtelijk te vernietigen op grond van artikel 1:88 BW. Hierop heeft de Bank op 16 januari 2012 gereageerd. Op 19 april 2012 heeft Kifid een klacht van de echtgenote van Consument ontvangen (uitspraak op 29 juli 2014 onder nummer 2014-288), die uiteindelijk op 7 mei 2015 door de Commissie van Beroep niet behandelbaar is verklaard (GCHB-2015-014), omdat alleen Consument als contractant een vordering kan instellen gebaseerd op de buitengerechtelijke vernietiging op grond van artikel 1:88 BW.

Op 21 augustus 2015 heeft (de gemachtigde van) Consument zich beklagd bij de Bank en door het uitblijven van een reactie van de Bank op 7 oktober 2015 te kennen gegeven dat de klacht aan Kifid voorgelegd zal worden. Hierop heeft Consument op 17 juni 2016 zijn klacht ingediend bij Kifid.

- 4.3 De Commissie merkt op dat zij het niet onredelijk acht dat Consument de procedure van zijn echtgenote heeft afgewacht. Naar het oordeel van de Commissie is - gelet op hetgeen is overwogen in punt 4.2 - van voldoende gewichtige omstandigheden gebleken die de termijn tussen 16 januari 2012 (definitief standpunt Bank) en 17 juni 2016 (datum dat de klacht bij Kifid is ingediend) rechtvaardigen.

Verjaring artikel 1:88 BW

- 4.4 De Bank doet een beroep op verjaring zoals bepaald in art. 3:52 BW. Daartoe heeft de Bank aangevoerd dat de echtgenote tijdens de looptijd van de Overeenkomsten van het bestaan ervan niet onkundig kan zijn gebleven, aangezien correspondentie, zoals jaaroverzichten en kennisgevingen van dividenduitkeringen naar het woonadres van Consument en zijn echtgenote werden verzonden in enveloppen waarop de naam van de Bank duidelijk zichtbaar was. Op deze stelling heeft Consument in het geheel niet gereageerd, ofschoon dat, mede gelet op de strekking van het verweer, op zijn weg had gelegen. Die stelling dient derhalve als onweersproken voor juist te worden gehouden. Het beroep op verjaring van de op art. 1:88 BW gegronde vordering slaagt.

Verjaring schadevergoeding op grond van dwaling of schending (bijzondere) zorgplicht (waaronder het advies door een niet daarvoor bevoegde cliëntenremisier)

- 4.5 Voor zover de vordering betrekking heeft op dwaling en schending van de zorgplicht verweert de Bank zich daartegen met de stelling dat het Consument in maart 2006 duidelijk moet zijn geworden dat de Overeenkomsten verlieslatend waren afgelopen. Met betrekking tot deze vordering beroept de Bank zich op verjaring van de schadevergoeding, omdat na dat gewaarwordingsmoment meer tijd is versteken dan de in art. 3:310 BW gestelde termijn van vijf jaren.
- 4.6 Consument heeft op het in 4.5 genoemde verweer niet anders gereageerd dan door te verwijzen naar een e-mail die naar de Bank is verzonden op een tijdstip waarop de in art. 3:310 BW gestelde termijn reeds was verstreken. Verder kan uit die e-mail en de daarin genoemde voorafgaande correspondentie niet worden afgeleid dat Consument enige mededeling aan de Bank heeft gedaan waardoor de verjaring is gestuit.

Conclusie

- 4.7 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen wijst de Commissie de vordering af.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.