

Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2022-0678

(mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter en mr. R.E. van Lambalgen, secretaris)

Klacht ontvangen op	9 december 2021
Ingediend door	De consument
Tegen	F. van Lanschot Bankiers N.V. (Evi), gevestigd te 's-Hertogenbosch, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	10 augustus 2022
Aard uitspraak	Niet-bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen

Samenvatting

De consument vindt dat de bank is tekortgeschoten, omdat die niet voldoende heeft ingegrepen toen hij in de periode 2006-2015 jaarlijks honderden risicovolle transacties in turbo's verrichtte. De bank heeft aangevoerd dat de consument te laat geklaagd heeft in de zin van artikel 6:89 BW. Dit verweer slaagt. Immers, pas op 18 december 2020 heeft de consument zich met zijn klacht tot de bank gewend. Op dat moment was de beleggingsadviesrelatie al vijf jaar ten einde en beschikte de bank niet meer over het gehele dossier. De commissie deelt dan ook het standpunt van de bank dat deze door het tijdsverloop in haar belangen (bewijspositie) is geschaad.

1. 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) de brieven van de consument van 4 en 9 februari 2022; 3) het verweerschrift van de bank; en 4) de repliek van de consument.
- 1.2 De commissie is van oordeel dat dit geschil zich leent voor verkorte behandeling als bedoeld in artikel 32 van haar reglement. Dit betekent dat de uitspraak niet bindend is en dat partijen elkaar dus niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 Sinds 2006 belegde de consument bij de bank. Er was sprake van een beleggingsadviesrelatie.
- 2.2 Op eigen initiatief heeft de consument in de periode 2006-2015 een groot aantal transacties verricht in turbo's.

2.3 Op 13 februari 2007 heeft de bank de consument de volgende brief gestuurd:

“De ontwikkeling van uw beleggingsportefeuille (zie het bijgevoegde portefeuilleoverzicht) kenmerkt zich door een groot aantal mutaties. Hiermee wijkt u af van het prudente beleggingsbeleid op lange termijn dat wij voorstaan.

Het staat u natuurlijk volledig vrij uw portefeuille naar eigen inzicht in te richten. Zoals vermeld in artikel 10 van onze Effectenvoorwaarden (zie bijlage) bent u verantwoordelijk voor het beleggingsbeleid voor uw portefeuille; wij treden op als uw adviseur. In dit verband wijzen wij erop dat het grote aantal op uw initiatief gedane transacties hoge provisiekosten met zich meebrengt, terwijl het onzeker is dat uw beleid een gunstig resultaat oplevert. Hierdoor loopt u een verhoogd risico dat u uw beleggingsdoeleinden niet haalt.

Wij verzoeken u van het bovenvermelde goede nota te nemen en er rekening mee te houden bij het beheer van uw portefeuille. Indien u vragen of opmerkingen hebt over deze brief, neemt u dan contact op met uw private banker (...)”

2.4 In 2015 is de beleggingsadviesrelatie tussen partijen beëindigd.

2.5 Op 18 december 2020 heeft de consument de bank een brief gestuurd en zich daarin beklaagd over de dienstverlening van de bank in de periode 2006-2015. De bank heeft het verzoek van de consument om (in gesprek te gaan over) een “mogelijke financiële correctie” afgewezen, onder meer met een beroep op verjaring en schending klachtplicht.

De klacht en vordering

2.6 De consument vindt dat de bank in de periode 2006-2015 haar zorgplicht heeft geschonden. De jaarlijkse verliezen waren aanzienlijk: meer dan € 100.000,- per jaar. De verliezen zijn vooral een gevolg van een buitenproportionele inzet van turbo's. Winst en verlies horen bij beleggen; stelselmatige, hoogfrequente, grootschalige blootstelling aan voorzienbare en vermijdbare risico's door een dagelijkse en buitenproportionele inzet van turbo's echter zeer zeker niet. De bank had moeten ingrijpen. Door dit niet te doen, heeft de bank haar zorgplicht geschonden. De consument vordert daarom een schadevergoeding van de bank.

Het verweer

2.7 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

- 3.1 Aan de commissie is de vraag voorgelegd of de bank haar zorgplicht heeft geschonden. Voordat de commissie aan deze vraag kan toekomen, moet zij zich eerst buigen over het meest verstrekkende verweer van de bank. De bank heeft aangevoerd dat de consument zijn klachtplicht heeft geschonden en dat daarom sprake is van rechtsverwerking als bedoeld in artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).
- 3.2 Op grond van artikel 6:89 BW moet een schuldeiser (in dit geval: de consument) binnen bekwame tijd nadat hij een gebrek in de prestatie heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar (in dit geval: de bank) protesteren. Als hij dit niet doet, dan kan hij op het gebrek in de prestatie geen beroep meer doen. De vraag of binnen bekwame tijd is geprotesteerd dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. 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. Van belang is ook of de bank door het tijdsverloop in haar belangen is geschaad.¹
- 3.3 Het (gestelde) gebrek in de prestatie is dat de bank in de periode 2006-2015 niet voldoende heeft ingegrepen toen de consument jaarlijks honderden risicovolle transacties in turbo's verrichtte. Pas op 18 december 2020 heeft de consument zich voor het eerst over dit gebrek in de prestatie beklagd. Op dat moment was de beleggingsadviesrelatie al vijf jaar ten einde. Hoewel de bank nog wel over een aantal gespreksnotities en de brief van 13 februari 2007 beschikt, is het gehele dossier niet meer voorhanden. Volgens de bank is zij in haar belangen (bewijspositie) geschaad doordat de consument zich pas in 2020 met zijn klacht tot de bank heeft gewend.
- 3.4 De consument heeft aangegeven dat de notie van aansprakelijkheid van de bank voor de geleden verliezen pas eind 2016/begin 2017 bij hem ontstond, omdat hij rond die tijd via de media en gesprekken in de relatiekring bekend raakte met Kifid en met de bankierseed. Dat hij pas in december 2020 contact opnam met de bank, heeft te maken met het feit dat zijn vrouw – die in 2020 is overleden – al jarenlang ernstig ziek was, waardoor het leven van zijn gezin regelmatig kortere en langere periodes (tot een jaar, anderhalf jaar) grotendeels ‘on hold’ stond.
- 3.5 Hoewel de commissie begrip heeft voor deze privé-omstandigheden, is zij van oordeel dat de consument te laat geklaagd heeft in de zin van artikel 6:89 BW. De klachttermijn gaat immers lopen op het moment waarop de consument het gebrek in de prestatie heeft ontdekt of *redelijkerwijze had moeten ontdekken*.

¹ Zie voor het beoordelingskader uitgebreider: Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600.

In een beleggingsadviesrelatie is het enkele feit dat de belegger grote verliezen lijdt, nog geen aanleiding om een zorgplichtschending van de bank (oftewel een gebrek in de prestatie) te vermoeden.² Daarbij komt dat de consument de transacties in turbo's op eigen initiatief is aangegaan. Echter, uit het feit dat de bank hem in 2007 waarschuwde voor de consequenties van het hoge aantal transacties, had de consument kunnen opmaken dat de bank het tot haar taak (als beleggingsadviseur) rekende om de particuliere belegger voor de mogelijke gevolgen van diens beleggingsbeslissingen te waarschuwen. Als de consument van mening is dat de bank hem nog indringender had moeten waarschuwen voor zijn risicovolle beleggingsgedrag – met andere woorden: als de consument van mening is dat de dienstverlening van de bank op dat punt gebrekkig is – dan had de consument dit 'gebrek in de prestatie' ook al tijdens de beleggingsadviesrelatie kunnen ontdekken. Als de consument ergens in de periode 2006-2015 bij de bank had geklaagd, dan had de bank nog over het gehele dossier beschikt en materieel verweer kunnen voeren tegen de klacht van de consument. Nu de consument pas in 2020 heeft geklaagd, heeft hij te laat geklaagd in de zin van artikel 6:89 BW.

3.6 Dit betekent dat de vordering van de consument moet worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een niet-bindend advies, omdat deze beslissing is genomen in een verkorte procedure. Meer informatie hierover staat in artikel 32 van het reglement van de geschillencommissie vanaf 1 april 2017, te vinden op de website van Kifid (www.kifid.nl/reglementen-en-statuten). Tegen deze uitspraak staat geen beroep open bij de Commissie van Beroep Kifid. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

Binnen 2 weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 1 maand na de verzenddatum van de uitspraak 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 vanaf 1 april 2017, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999

Website: www.kifid.nl

² Zie ook Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, rechtsoverweging 4.3.3.