



**COMMISSIE VAN BEROEP  
FINANCIËLE DIENSTVERLENING**

---

Uitspraak van 20 FEB 2014 in de zaak van:

wonend te  
appellant,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Dexia Nederland B.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
verweerster in beroep.

Partijen worden hierna onderscheidenlijk belanghebbende en de bank genoemd.

## **1. De procedure in hoger beroep**

- 1.1 Belanghebbende heeft bij een op 29 mei 2013 bij Kifid binnengekomen beroepschrift de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 28 maart 2013 (dossiernr. F110085) ter toetsing voorgelegd. Dit beroep is gebaseerd op artikel 22.1 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (oud) dan wel artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (nieuw), in beide gevallen in verbinding met artikel 5.1 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Reglement van Beroep).
- 1.2 De bank heeft een op 3 juli 2013 gedateerd verweerschrift ingediend.
- 1.3 De Beroepscommissie heeft het beroep mondeling behandeld op 9 september 2013 tezamen met de zaak /Dexia. De behandeling is met goedvinden van beide partijen beperkt tot de ontvankelijkheid. Partijen hebben hun standpunten nader toegelicht en vragen van de Beroepscommissie beantwoord. Daarbij was belanghebbende aanwezig, vergezeld van zijn echtgenote en bijgestaan door mw. mr. en . Namens de bank waren aanwezig mr. J.M.K.P. Cornegoor en mw. J.G.M. Delissen-Moorlag.

## **2. De procedure in eerste aanleg**

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

## **3. Inleiding op de beoordeling van het beroep**

- 3.1 De Beroepscommissie gaat op grond van:
- hetgeen de Geschillencommissie onbestreden heeft vastgesteld,
  - de niet of niet voldoende weersproken inhoud van de stukken van het geding en
  - hetgeen bij de mondelinge behandeling is gebleken,
- uit van het volgende.
- (i) Belanghebbende heeft na bemiddeling door Spaar Select B.V. op of omstreeks 28 oktober 1999 met de rechtsvoorgangster van de bank een effectenlease-overeenkomst gesloten. De overeengekomen leasesom bedroeg in totaal € 70.789,68, bestaande uit een hoofdsom van € 27.659,08 en de in totaal te betalen rente van € 14.157,94.
- (ii) Belanghebbende heeft de overeenkomst in september 2004 tussentijds beëindigd. De bank heeft hem vervolgens op 23 september 2004 een eindafrekening gezonden. Per saldo had belanghebbende een restschuld van € 9.484,22. Dit bedrag heeft hij onder protest voldaan.



- (iii) Bij brief van 1 april 2005 heeft belanghebbende de bank op verschillende gronden aansprakelijk gesteld voor de door hem als gevolg van de effectenleaseovereenkomst geleden schade. Hij heeft de bank gesommeerd de door hem betaalde bedragen terug te betalen.
- (iv) Vervolgens heeft de bank belanghebbende bij brief van 6 december 2005 bericht dat hij niet in aanmerking kwam voor een vergoeding volgens de Duisenbergregeling. Belanghebbende heeft op 13 juli 2007 een opt-out-verklaring afgelegd.
- (v) Bij brief 15 oktober 2007 schrijft de gemachtigde van belanghebbende (onder meer namens belanghebbende) het volgende aan de bank:
- "(...) Namens deze cliënten (waarvan een machtiging bij dit schrijven is ingevoegd), waarvoor (of door welke zelf) reeds opt-out verklaringen zijn afgelegd, zal ik een gerechtelijke procedure tegen u aanvangen om de door hen geleden schade op u te verhalen.*
- De aan te voeren argumenten zijn:*
- (...)*
- *Een eegalease argument op basis waarvan het/de contract(en) worden dan wel zijn vernietigd op grond van de artikelen 1:88 lid 1 sub d en 89 BW wegens het ontbreken van de vereiste toestemming van de andere echtgenoot/partner. Op de ontstane nietigheid wordt namens cliënten een beroep gedaan.*
  - *De Wet op het Consumentenkrediet, daar door u aan cliënt een krediet is verstrekt, terwijl u niet beschikte over een vergunning als bedoeld in artikel 9 van de Wet op het Consumentenkrediet. Hierdoor zijn betreffende contracten nietig ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW. Namens cliënten wordt een beroep gedaan op deze nietigheid.*
  - *Verder worden contracten vernietigd dan wel ontbonden op grond van schending van de zorgplicht en de artikelen 3:44 BW (misbruik van omstandigheden), 6:74 BW (wanprestatie), 6:162 BW (onrechtmatige daad), 6:194 BW (misleidende reclame) en 6:229 BW (dwaling).*
  - *Voorts wordt namens cliënten het recht voorbehouden om hiertoe nog andere gronden aan te voeren."*
- (vi) Bij brief van 24 juli 2009 heeft de gemachtigde van belanghebbende namens een aantal cliënten, waaronder belanghebbende, de bank nogmaals en op dezelfde gronden gesommeerd de door cliënten aan de bank betaalde bedragen vermeerderd met wettelijke rente terug te betalen.
- (vii) De bank heeft op deze brief gereageerd bij een brief van 14 augustus 2009. De bank schrijft dat alle cliënten met contracten die door de eega binnen 3 jaar na het aangaan van de overeenkomst(en) zijn vernietigd, een voorstel hebben gehad conform het Van Tuijl-arrest (HR 28 maart 2008; LJN BC2837; NJ 2009, 578).

De bank wijst het beroep op nietigheid/vernietigbaarheid/ontbinding op grond van artikel 9 Wet op het Consumentenkrediet, misbruik van omstandigheden, wanprestatie, onrechtmatige daad, misleidende reclame en dwaling van de hand met een beroep op een drietal arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009 (LJN BH2811, LJN BH2815 en LJN BH2822, respectievelijk NJ 2012, 183, NJ 2012, 182 en NJ 2012 184). Tot slot verzoekt de bank gemachtigde haar vorderingen per klant te specificeren en geen algemene brief meer te sturen. De bank vervolgt:

*“Indien wij de lijn van de verschillende Gerechtshoven volgen, welke in de ogen van Dexia bevestigd wordt door de recente uitspraak van de Hoge Raad, dan leidt de schending van de zorgplicht in het grootste deel van de zaken slechts tot een verdeling van de restschuld. Voor zover er ten aanzien van, of voor uw cliënten, al een gedeeltelijke terugbetalingsregeling c.q. recht op schadevergoeding zou bestaan, wijst Dexia uw algemene sommatie van de hand.”*

- (viii) Bij e-mailbericht van 1 februari 2010 heeft de bank aan de gemachtigde van belanghebbende medegedeeld voornemens te zijn alle lopende effectenleaseprocedures buitengerechtelijk af te doen conform de arresten van het Hof Amsterdam van 1 december 2009 (LJN BK 4978, LJN BK4981, LJN BK4982 en LJN BK4983). Daarop heeft de gemachtigde van belanghebbende bij e-mailbericht van 8 februari 2010 de bank medegedeeld dat zij de mogelijkheid van schikken wil bekijken.
- (ix) In het dossier bevinden zich stukken waaruit blijkt dat partijen in ieder geval in de periode februari - maart 2011 hebben onderhandeld over een schikking. Deze onderhandelingen zijn op niets uitgelopen. Bij e-mailbericht van 1 maart 2011 heeft de bank ter oplossing van het geschil aangeboden een bedrag van € 8.440,97 (inclusief wettelijke rente) te vergoeden. De gemachtigde van belanghebbende heeft de bank bij e-mailbericht van 9 mei 2011 medegedeeld hiermee niet in te stemmen en de zaak te zullen voorleggen aan het Kifid.
- (x) De Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft bij brief van 12 mei 2011 bevestigd op 11 mei 2011 een klacht van belanghebbende tegen de bank te hebben ontvangen. Bij brief van 20 mei 2011 heeft de Ombudsman te kennen gegeven geen bemiddelingsmogelijkheden te zien.
- (xi) Bij brief van 6 juni 2011 is bevestigd dat de Geschillencommissie op 31 mei 2011 een klacht van belanghebbende heeft ontvangen.

3.2 Belanghebbende vordert vergoeding van de door hem geleden schade, welke schade hij begroot op € 35.743,99, te vermeerderen met de wettelijke rente. Daarnaast verzoekt belanghebbende de bank te bevelen het BKR op te dragen alle noteringen te verwijderen dan wel ongedaan te maken. Aan deze vorderingen legt belanghebbende het volgende ten grondslag.

De effectenleaseovereenkomst is buitengerechtelijk vernietigd op grond van bedrog, dwaling en/of misbruik van omstandigheden, waardoor de door belanghebbende aan de bank gedane betalingen onverschuldigd zijn geschied. Daarnaast is de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden op grond van misleiding. Tot slot heeft de bank jegens belanghebbende onrechtmatig gehandeld en is zij schadelijktig wegens schending van de bijzondere zorgplicht.

- 3.3 De bank heeft gemotiveerd verweer gevoerd en zich onder meer beroepen op niet-ontvankelijkheid van de klacht van belanghebbende.
- 3.4 De Geschillencommissie heeft geconcludeerd dat belanghebbende zowel naar het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening dat gold tot 1 oktober 2011 (hierna: het oude Reglement), als naar het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening dat geldt vanaf 1 oktober 2011 (hierna: het nieuwe Reglement) in zijn klacht niet-ontvankelijk is.
- 3.4.1 Ter zake van het oude Reglement oordeelt de Geschillencommissie dat de klacht niet-ontvankelijk is op grond van artikel 10.1 sub (e). De klacht houdt in de kern verband met de mate van voorlichting ten tijde van het tot stand komen van de effectenleaseovereenkomst (in 1999) en er liggen dus feiten en omstandigheden aan ten grondslag die zich meer dan tien jaar geleden hebben voorgedaan. Hoewel belanghebbende betoogt nog duidelijke herinneringen te hebben aan de voorlichting destijds, is de Geschillencommissie van oordeel dat het tijdsverloop in deze zaak wel degelijk een grote rol speelt bij de mogelijkheid te kunnen reconstrueren wat er destijds is besproken. Daarbij is ook van belang dat het verstrijken van geruime tijd bij de bank de verwachting kan wekken dat haar geen tekortkomingen worden verweten die (veel) eerder naar voren hadden kunnen worden gebracht.
- 3.4.2. Ter zake van het nieuwe Reglement oordeelt de Geschillencommissie dat de klacht niet-ontvankelijk is op grond van artikel 15 lid 2. De Geschillencommissie is van oordeel dat belanghebbende de daarin vermelde redelijke termijn van in beginsel drie maanden niet in acht heeft genomen. De brief van 14 augustus 2009 van de bank beschouwt de Geschillencommissie in dit verband als ondubbelzinnig een definitieve afwijzing. De Geschillencommissie overweegt voorts dat het niettemin mogelijk is dat partijen – ondanks een definitieve afwijzing - komen tot zodanige nadere onderhandelingen, dat de daarin door de bank gewekte verwachtingen meebrengen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als desondanks van haar wederpartij verwacht zou worden dat zij zich ondertussen tot het Kifid zou wenden. Deze situatie doet zich volgens de Geschillencommissie in dit geval niet voor.
- 3.4.3 Over de brief van 17 oktober 2011 waarbij aan belanghebbende is meegedeeld dat de Geschillencommissie het geschil voorhands in behandeling neemt, overweegt de Geschillencommissie dat de toevoeging 'voorhands' nu juist de mogelijkheid openlaat dat op de ontvankelijkheid later wordt teruggekomen.

3.4.4 De Geschillencommissie heeft in het midden gelaten of het oude Reglement dan wel het nieuwe Reglement van toepassing is en belanghebbende niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek om klachtbehandeling.

#### 4. Beoordeling van het beroep

4.1 In dit hoger beroep dient thans te worden beoordeeld of de Geschillencommissie belanghebbende terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard.

4.2 Naar het oordeel van de Beroepscommissie dient eerst te worden vastgesteld welk Reglement (het oude of het nieuwe) deze kwestie beheerst.

4.3 Het oude Reglement gold tot 1 oktober 2011. Geschillen die voor die datum aan de Geschillencommissie zijn voorgelegd, worden beheerst door het oude Reglement, inclusief de daarin opgenomen ontvankelijkheidsregeling. In het onderhavige geval staat vast dat de klacht van belanghebbende op 31 mei 2011 aan de Geschillencommissie is voorgelegd, zodat de ontvankelijkheid van de klacht dient te worden vastgesteld aan de hand van het oude Reglement. Dat is slechts anders als uit het nieuwe Reglement volgt dat de ontvankelijkheid niet door het oude maar het nieuwe Reglement wordt beheerst.

4.4 Het nieuwe Reglement is op 1 oktober 2011 in werking getreden. Klachten die vanaf die datum bij Kifid (de Ombudsman of de Geschillencommissie) zijn voorgelegd, worden derhalve door het nieuwe Reglement bestreken. Het nieuwe Reglement kent voorts een Overgangsbepaling die als volgt luidt:

*“Dit reglement heeft onmiddellijke werking. Op zaken die bij de Ombudsman of de Geschillencommissie aanhangig zijn gemaakt voor de datum van inwerkingtreding van dit reglement, blijft het oude reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening, respectievelijk Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van toepassing indien en voor zover de onmiddellijke werking een partij onevenredig zou benadelen.”*

Naar het oordeel van de Beroepscommissie zou ofwel de bank ofwel belanghebbende onevenredig worden benadeeld indien ter zake van de ontvankelijkheid het nieuwe Reglement met onmiddellijke werking zou worden toegepast. Indien de klacht onder het oude Reglement ontvankelijk is, zou belanghebbende onevenredig worden benadeeld als de bank alsnog op grond van het nieuwe Reglement de niet-ontvankelijkheid kan invoeren. Omgekeerd zou de bank onevenredig worden benadeeld indien belanghebbende op grond van het oude Reglement niet-ontvankelijk is, en vervolgens alsnog ontvankelijk zou worden verklaard op grond van het nieuwe Reglement.

4.5 De conclusie luidt dat de ontvankelijkheid uitsluitend aan de hand van het oude Reglement zal worden beoordeeld.

- 4.6 Artikel 10.1 van het oude Reglement bepaalt – voor zover thans belang – het volgende:

*“De Geschillencommissie kan een verzoek tot Geschilbeslechting niet behandelen indien:*

- a) meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop de Consument van de feiten waarop het geschil betrekking heeft, kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen en het tijdstip waarop de Klacht aan de Aangeslotene is voorgelegd tegen wie het verzoek tot geschilbeslechting zich richt; of (...)*
- e) de feiten waarop het geschil betrekking heeft te ver in het verleden liggen; (...)*”

In geschil is of belanghebbende niet-ontvankelijk dient te worden verklaard op grond van artikel 10.1 sub (e).

- 4.7 Met de Geschillencommissie is de Beroepscommissie van oordeel dat het bepaalde in artikel 10.1 sub (e) ertoe strekt te voorkomen dat de Geschillencommissie 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 het tijdsverloop eenvoudigweg niet meer met voldoende zekerheid zijn vast te stellen. Zo zal het zich nogal eens voordoen dat de relevante documentatie na een lang tijdsverloop niet meer beschikbaar is en dat medewerkers van de aangeslotene die betrokken zijn geweest bij de feiten waarop het geschil betrekking heeft, niet meer als getuige beschikbaar zijn. Wanneer dergelijke (bewijs)problemen zich niet of slechts in beperkte mate voordoen, is de sanctie van niet-ontvankelijkheid evenwel minder op zijn plaats. Per geval zal daarom dienen te worden onderzocht of sprake is van feiten die zich in een te ver verleden hebben voorgedaan. Daarbij dienen alle omstandigheden van het geval te worden betrokken. Op belanghebbende rust daarbij de plicht summierlijk toe te lichten hoe hij de door hem gestelde feiten nader zou kunnen bewijzen. Ook kan van belang zijn welke stappen belanghebbende heeft gezet nadat hij kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen van de feiten waarop het geschil betrekking heeft, alsmede op welke wijze de bank daarop heeft gereageerd. Zo zal de omstandigheid dat er lange tijd is verlopen tussen het tijdstip dat belanghebbende de klacht aan de bank heeft voorgelegd en het tijdstip waarop de bank deze definitief heeft afgewezen, niet steeds hoeven meebrengen dat de Geschillencommissie belanghebbende niet-ontvankelijk verklaart op grond van artikel 10.1 sub (e).
- 4.8 Naar het oordeel van de Beroepscommissie doet zich hier niet de situatie voor dat de feiten en omstandigheden waarop het geschil betrekking heeft 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 zijn vast te stellen. Dit wordt als volgt toegelicht.

- 4.9 Zoals hiervoor is weergegeven, heeft belanghebbende de effectenleaseovereenkomst gesloten via de tussenpersoon Spaar Select. Belanghebbende is – heel kort gezegd - van mening dat de verkoopmethodes van Spaar Select niet acceptabel zijn en beroept zich daartoe onder meer op een verklaring van de heer ex-adviseur van Spaar Select. Voorts heeft belanghebbende gewezen op het Persoonlijk Financieel Plan dat door een medewerker van Spaar Select voor hem was opgesteld en dat hij in deze procedure heeft overgelegd. Volgens belanghebbende was dit Plan op diverse punten onjuist en of misleidend en is hij bij de totstandkoming van de overeenkomst onvoldoende voorgelicht over de werking van het product en de daaraan verbonden risico's. Aldus heeft belanghebbende voldoende concrete aanknopingspunten verschaft om te kunnen oordelen over zijn stelling dat sprake is van dwaling, bedrog, misbruik van omstandigheden en/of misleiding. Waarmee overigens niet is gezegd dat de juistheid van zijn stellingen hiermee reeds is komen vast te staan.
- 4.10 De vordering van belanghebbende is voorts gebaseerd op schending van de zorgplicht. Uit het overgelegde dossier maakt de Beroepscommissie op dat het geschil tussen partijen ten aanzien van deze grondslag niet zozeer ziet op feiten en omstandigheden die zich in een ver verleden hebben voorgedaan, maar veeleer draait om de vraag welke wijze van schadeberekening passend is indien ervan wordt uitgegaan dat de bank zijn zorgplicht heeft verzaakt. Ook in zoverre beroept de bank zich ten onrechte op artikel 10.1 sub (e) van het oude Reglement.
- 4.11 Daar komt bij dat belanghebbende op 1 april 2005, binnen een jaar nadat hij de eindafrekening van de effectenleaseovereenkomst had ontvangen, zijn klacht aan de bank heeft voorgelegd en vergoeding van zijn schade heeft geclaimd. De bank had reeds vanaf dat moment er rekening mee te houden dat belanghebbende mogelijk een vordering op haar zou (pretenderen te) hebben. Vervolgens is geruime tijd verstreken voordat de bank – op 14 augustus 2009 - haar aansprakelijkheid in algemene termen van de hand heeft gegeven. Dat dit tijdsverloop aan belanghebbende is te wijten of voor zijn risico dient te komen, is gesteld noch gebleken. De bank heeft zich in 2010 en 2011 nog bereid getoond te onderhandelen over een eventuele schadevergoeding op grond van schending van de zorgplicht. Toen deze onderhandelingen geen resultaat hadden, heeft belanghebbende zich ongeveer twee maanden later tot de Ombudsman gewend en enkele weken daarna tot de Geschillencommissie.
- 4.12 De conclusie is dat belanghebbende ontvankelijk is. De zaak zal verder inhoudelijk worden behandeld ten overstaan van de Beroepscommissie. Desgewenst kan – in overleg met de secretaris – een tweede mondelinge behandeling worden gehouden.





## 5. Beslissing

De Beroepscommissie

- stelt vast dat belanghebbende ontvankelijk is;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze uitspraak is op bovenvermelde datum tot stand gekomen met inachtneming van de bepalingen van het Reglement van Beroep. Zij is gegeven door prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. A. Bus, mr. C.A. Joustra, drs. P.H.M. Kuijs AAG en mr. W.J.J. Los.