

Bijlage 2: Pleitnotitie verweerders

Gerechtshof Amsterdam
Zaaknummer 200.127.525/01
Zitting d.d. 15 oktober 2013

PLEITNOTA

in de zaak van:

1. de heer T. den Hollander en
2. mevrouw A.T. Blaauw,
beiden wonende te Oegstgeest,
3. de heer M.P.M. van Hal,
4. mevrouw J.W. Kastein,
beiden wonende te Ulfthuis,
verweerders,
advocaat: mr. G.J. Dommerholt

contra:

1.
mr. R.J. Schimmelpennink en mr. B.F.M. Knüppe,
in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van de naamloze vennootschap DSB Bank
N.V.,
gevestigd en kantoorhoudende te Wognum,
verzoekers,
advocaat: mr. A. Knigge.

2.
Alle andere verweerders genoemd in het verzoekschrift

1. Algemeen

Ik realiseer mij dat curatoren en de andere partijen lang bezig zijn geweest met een buitengewoon moeilijke en omvangrijke klus. Ik realiseer mij ook dat de regeling voor veel gedupeerden een verbetering van hun positie oplevert.

Ik realiseer mij tenslotte dat een regeling het karakter draagt van een compromis en het nooit zal lukken een regeling te ontwerpen waarbij een ieder tevreden zal zijn.

De reden dat ik namens cliënten bezwaar heb aangetekend is dat de regeling voor mijn cliënten - en ondanks de beweringen over een breed draagvlak - voor vele tienduizenden anderen onvoldoende is en ook niet redelijk omdat deze geen recht doet aan hetgeen is gebeurd.

2. Schending zorgplicht

De laatste jaren maakt de term "schending van de zorgplicht" opgang. Daarbij wordt dan veelal bedoeld op onrechtmatig handelen in de precontractuele fase.

Die verzamelterm kan een heel scala omvatten: van lichte tot zeer ernstige tekortkomingen.

Zij heeft als voordeel – zeker in een geval van massaschade - dat de rechter de gewraakte handelwijze niet hoeft te toetsen aan de enorme reeks van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regels die van toepassing zijn of kunnen zijn. Dat geldt al helemaal in DSB zaken.

Schadeplichtige banken en verzekeraars spelen hier graag op in omdat aldus een schadeverdeling en -regeling kan worden getroffen op basis van eigen schuld.

Het nadeel van die algemene noemer is dat deze vlag niet altijd de lading dekt en dat geldt in dit geval voor de grote hoeveelheid van schadegevallen van onrechtmatige kredietverlening en vooral de daarbij op grote schaal toegepaste koopsommenconstructie.

3. Onrechtmatige kredietverlening

Met onrechtmatige kredietverlening doel ik op de gevallen waarbij de rente werd verhoogd zonder correlatie met de marktrente. Cliënt Den Hollander sloot in 1998 een lening af met een variabele rente van 7,4%. Toen was de Euribor 3,25% en was de opslag dus 4,16%. Stapsgewijs werd de rente verhoogd naar 12,3% in 2008 en was sprake van een opslag van 7%. Ik kan overigens niet beoordelen om hoeveel gevallen het hierbij gaat.

Gevallen waarbij consumenten met lage inkomens worden binnengehaald met lage actie tarieven leiden al vrij snel tot overkreditering wanneer de markttrente stijgt, doch de verwijtbaarheid aan de zijde van de kredietverstrekker wordt een graadje erger wanneer die tarieven stelselmatig worden verhoogd zonder relatie met de markttrente.

Helaas wordt dat aspect in veel procedures niet naar voren gebracht, zoals ook een recente uitspraak van het gerechtshof Leeuwarden laat zien.

Zaken waarin die onrechtmatige opslag wél werd onderkend en separaat wordt behandeld zijn de recente uitspraken van het Kifid in de zaken in 2011 en 2013 (uitspraak geschillencommissie 2011/336 en 2013/146, 2013/147, 2013/148, 2013/196 en 242 – zie www.kifid.nl).

Mij dunkt dat de regeling voor dit soort gevallen een aanvullende voorziening moet treffen en daarop moet worden aangepast.

4. De koopsommen

Een verhaal apart is de koopsommenconstructie die het kader van de zorgplicht schending overstijgt. Daarbij gaat het niet om een incident doch om een stelselmatige handelwijze, waarover de de Commissie Scheltema schrijft op blz. 116 van haar rapport:

Kern van het traditionele verdienmodel van DSB

De kern van het traditionele verdienmodel van DSB is het aanbieden van financieringscontracten aan particulieren (consumptief krediet en woninghypotheken) waarbij tegelijkertijd verzekeringscontracten worden afgesloten. Voor het grootste deel van de verzekeringscontracten is de premie voor de gehele looptijd ineens en vooraf, bij het afsluiten van het contract, betaald door middel van een koopsom. De koopsom wordt meegefinancierd in de lening of het doorlopende krediet. Een

Er zijn 210.000 koopsommen verkocht waarbij een groot deel is meegefinancierd in een lening. Ik heb in het meegezonden processtuk de werkwijze van de DSB uiteengezet.

Bij deze constructie gaat het niet om het enkel afsluiten van een separate lening, verzekering of koopsom doch om de combinatie van deze drie elementen die het geheel tot een gifcocktail maken en tot onnodige lasten en vooral hoge onnodige schulden leiden waar de consument niet meer vanaf komt.

Deze had nooit mogen worden geadviseerd door de DSB in haar hoedanigheid van adviseur/tussenpersoon en ook niet door de DSB in haar hoedanigheid van bank en verzekeraar mogen worden aanvaard.

De koopsommenlening was een fictieve lening - zoals ook de Cie Scheltema vermeldt op blz. 139 – omdat er geen geldbedrag ter beschikking werd gesteld aan de consument.

Het ging om een kasrondje ten behoeve van de DSB die vaak binnen een half uur aan de keukentafel bij de mensen thuis werd geregeld door een zich onafhankelijk voordoende adviseur, die in werkelijkheid behoorde tot het DSB concern. Een verslaggever van de Volkskrant omschreef dit als roof aan de keukentafel. #

Deze constructie was op geen enkele manier in het belang van de consument en diende uitsluitend het belang van de DSB om zoveel mogelijk provisie binnen te halen.

In het rapport Scheltema staat op blz.120 een tabel waarin staat dat er ruim 70.000 polissen zijn verkocht met een in de premie verborgen provisie van gemiddeld 75% en bijna 17.000 polissen met een gemiddelde van 85%. De consument wordt dan bewogen daarvoor een schuld aan te gaan waarbij hij of zij vervolgens rente moet gaan betalen. ##

5. Deskundige

Naast de vermeldingen in het rapport Scheltema heb ik ook een deskundige uit de branche gevonden die bereid en in staat was om hardop te zeggen – wat iedere ingewijde in de branche al lang weet doch liever niet hardop zegt – nl. dat koopsomconstructie een constructie is die altijd onvoordelig en onverantwoord en onnodig was.

De deskundige de heer Van Liempt (sedert 1985 werkzaam in de pensioenbranche) concludeert op blz. 6 het volgende :

“In het algemeen is het advies om een verzekering af te sluiten door middel van betaling van een koopsom niet in het belang van de klant omdat het voordeel (zie genoemd punt 3.1) van het vooruit betalen niet opweegt tegen de nadelen.

Het adviseren om een lening af te sluiten ter betaling van een koopsom is helemaal uit den boze omdat die constructie inderdaad altijd voor de klant nadeel oplevert in vergelijking met het betalen van een maandpremie zonder extra lening.”

Curatoren hebben als tegenbericht recent een opinie overgelegd van een door hen geraadpleegde deskundige. Mocht uw Hof vinden dat er daardoor onduidelijkheid heerst dan verzoek ik uw Hof een nader deskundigenbericht te gelasten. A-o

6. Duiding handelwijze

Bij deze handelwijze gaat het niet om execution only of het aan de man brengen van een kant en klaar product zonder persoonlijk contact (zoals het uitgangspunt was in de aandelenleasearresten; de arresten Dexia /de Treek of Levob/Bolle). Ook de duiding "incidenteel onjuist advies" zonder toepassing van het "ken uw cliënt beginsel" is niet toereikend.

Het gaat helaas veel verder. Er was - als het gaat om de koopsomconstructie – sprake van bedrijfsmodel waarbij opzettelijk en stelselmatig op bedrieglijke wijze consumenten werden bewogen tot het aangaan van een schuld. Die bestond erin dat bij het advies de valse schijn werd gewekt dat de consument voordeel had bij de constructie, terwijl dat nooit het geval was. Het gaat hierbij niet om beleggingsproduct met goede en kwade kansen, maar om een product met alleen maar kwade kansen.

De kwalificatie die hierbij past is veeleer nietigheid vanwege in strijd zijn met de goede zeden (art. 3:40 BW) en oplichting als bedoeld in artikel 326 van het wetboek van strafrecht.

Daarin past geen schadeverdeling met eigen schuld aan de zijde van de gedupeerde laat staan een eigen schuldtoerekening van meer dan de helft aan een gedupeerde.

Dat doet ook het Kifid niet zoals blijkt uit de uitspraak van de Geschillencommissie nr 115 – 2013 in een soortgelijke zaak, waarbij de gedupeerde per saldo 100% van de schade terug ontving.

7. Schending van rechtsorde

Bij de massale publieke verontwaardiging gaat het niet om gevallen van overkreditering of om hebberige consumenten die maar raak hebben geleend, maar om gevallen waarbij mensen in een kas rondje voor de bank in een half uur voor de rest van hun leven worden opgezadeld met een schuld waar ze nooit meer van afkomen, zoals de heer en mevrouw Den Hollander die nu op 70 jarige leeftijd - enkel in het genot van een AOW uitkering – nog zitten met een schuld van meer dan € 45.000,-.

Bij gebreke van een schadevergoeding hebben zij enkel de keus tussen de WSNP of de saneringsregeling van curatoren, waarbij de WSNP voordeliger is.

→ want korter dan regulier curatoren

Als het om de top 10 van financieel ernstige wandaden van de laatste jaren gaat dan denk ik dat de DSB en de Afab met stip bovenaan staan en ik kan mij niet voorstellen dat de rechtspraak een regeling kan goedkeuren die daaraan volledig voorbij gaat.

Kwalificaties als oplichting en zakkenrollen zijn ook veelvuldig gebruikt in serieuze dagbladen en tijdschriften als de Volkskrant en Elsevier en deze staan niet bekend om populistische praat of stemmingmakerij.

Bij wat redelijk en billijk is houdt de rechter ingevolge artikel 12 van boek 3 BW rekening met de algemeen erkende ^{recht}eerste beginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

Een algemene regeling in zaken van massaschade correspondeert zeker met het maatschappelijk belang van alle betrokkenen, te weten de schadeplichtige partijen, de gedupeerden als ook het rechterlijk apparaat om niet met duizenden schadegevallen te worden opgezadeld.

De inhoud van deze regeling houdt echter onvoldoende rekening met de ernst van de gepleegde inbreuk in het algemeen en met de redelijke schadeaanpakken van koopsom gedupeerden en degene jegens wie onrechtmatige renteopslagen zijn toegepast.

8. Gedupeerden hebben geen toegang tot het recht

De DSB-regeling is beslist over de hoofden van gedupeerden. Uiteraard heeft een algemene regeling het karakter van een compromis en is een half ei beter dan een lege dop, doch in dit geval is de regeling minder dan een halve dop. Evenals in 2005 bij de aandelenleaseregeling, in 2008 bij de woekerpolis en nu bij de DSB-regeling hebben de belangenorganisaties zich laten inpakken op essentiële onderdelen.

Het is een onwenselijke zaak dat de hoofdveroorzaker van alle ellende (de DSB) de regie heeft over het overleg en het kader vaststelt van een regeling en onderhandelt met organisaties die niet de kennis, macht en middelen hebben om goede regelingen te treffen.

Een regeling in een dermate omvangrijke en complexe zaak dient tot stand te komen door bemiddeling van - of te worden bepaald door - een onafhankelijke commissie van super deskundigen van bijvoorbeeld het Kifid.

In het verleden konden DSB gedupeerden terecht bij het Kifid. Helaas kan dat niet meer door het faillissement en hebben zij nu alleen de mogelijkheid zich door middel van een opt out verklaring zich aan deze DSB regeling te onttrekken. Zij moeten dan hun vordering in een aparte procedure geldend maken doch dat zijn zeer langdurige en kostbare opt out procedures, die zij niet kunnen betalen.

Tenslotte is een belangrijk punt dat de compensatieregeling zó complex is dat een gedupeerde voor het indienen van een verzoek specialistische hulp nodig heeft. Curatoren weigeren de kosten van een belangenbehartiger die deze hulp verleent te vergoeden.

Daarom moet er nu een betere regeling komen en ik hoop dat het gerechtshof alsnog een Commissie van deskundigen zal vragen te rapporteren over een goede werkbare regeling, die een zo breed mogelijk draagvlak kan krijgen waardoor zo veel mogelijk opt outprocedures worden vermeden, hetgeen ook van belang is voor de rechtspraak zelf.

Ik persisteer bij het verweer.

Deze zaak wordt behandeld door:

mr. G.J. Dommerholt

Postbus 1182

8001 BD Zwolle

T: (038) 427 20 54

F: (038) 427 20 21

gj.dommerholt@dommerholt.nl