

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 178
d.d. 26 juli 2011
(mr. J. Wortel, voorzitter, de heren H. Mik RA, G.J.P. Okkema)

Samenvatting

Volgens de destijds heersende opvattingen was het niet ongebruikelijk en werd het evenmin als bijzonder risicovol beschouwd om de overwaarde van de woning via een hypotheek te (her)beleggen. Mede met het oog daarop kan naar het oordeel van de Commissie niet gezegd worden dat het destijds gegeven advies door een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur niet gegeven had mogen worden.

I. Procedure

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief met bijlagen van de gemachtigde van Consument van 23 juni 2008;
- het door Consument ingevulde vragenformulier ontvangen op 24 juli 2008;
- de door Consument ingevulde verklaring ontvangen 16 september 2009;
- het verweer van Aangeslotene van 10 december 2009.

Partijen hebben geen gebruik gemaakt van de gelegenheid tot het indienen van repliek en dupliek.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

De Commissie heeft vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 16 juni 2010. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 In 1998 hadden Consument en Aangeslotene contact in verband met de lopende hypothecaire geldlening van Consument. Na overleg met een “Financieel Adviseur Particulieren”, in dienst van Aangeslotene, besloot Consument bij Aangeslotene een nieuwe hypotheek af te sluiten met een looptijd van dertig jaar en een rentevastperiode van tien jaar waarbij de voorgaande wordt afgelost. Op 10 februari 1999 passeerde de hypotheekakte.

2.2 Het totale hypotheekbedrag van f 490.000 bestond uit twee leningdelen, te weten een aflossingsvrije lening van f 224.000 en een lening op basis van een levensverzekering (hierna: levenlening of “het levendeel”) van f 266,000.

Inmiddels is het levendeel afgelost door middel van de opgebouwde waarde uit een levensverzekering. Voor de aflossing van het aflossingsvrije gedeelte belegt Consument een bedrag afkomstig van de overwaarde van zijn woning in participaties van een beleggingsfonds van Aangeslotene, welke hij aanhoudt in een bij haar met dat oogmerk geopend effectendepot. De waarde van het depot lijkt niet toereikend te zullen zijn om het

aflossingsvrije gedeelte van de hypotheekschuld te voldoen.

2.3 Op 18 augustus 2007 stelt Consument Aangeslotene schriftelijk aansprakelijk voor de ontstane schade.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, bestaande uit het verschil in zijn vermogenspositie tussen 1998 en heden, door hem begroot op een bedrag van € 66.946, te vermeerderen met de wettelijke rente, alsmede vergoeding van de gemaakte kosten van juridische bijstand.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Aangeslotene wordt in haar hoedanigheid van bank, adviseur dan wel bemiddelaar verweten haar zorgplicht onvoldoende te hebben betracht en Consument te hebben misleid. Aangeslotene heeft zich in 1998 aan Consument opgedrongen en hem overgehaald zijn hypotheekconstructie te wijzigen en complexe producten af te nemen. Indien dit niet was gebeurd was Consument nu schuldenvrij geweest.

Aangeslotene heeft in een integraal advies zowel de hypotheek als het effectendepot en bijbehorende verzekeringen bemiddeld en daardoor de schade veroorzaakt. Dit blijkt overduidelijk uit de kopie van de aantekeningen van de adviseur waarin deze uitsluitend een zeer positief rendement voorrekenet terwijl de werkelijke rendementen uiterst negatief bleken te zijn. Indien de adviseur ook pessimistische scenario's had meegenomen in de prognose was Consument wellicht niet op het voorstel ingegaan en was de schade niet ontstaan. Consument zou ook nooit uit eigen beweging een effectendepot hebben geopend.

3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, het volgende tot verweer aangevoerd.

Consument had veel eerder moeten klagen. Thans moet worden vastgesteld, zoals ook de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft gedaan, dat de feiten te ver in het verleden liggen om deze klacht nog te kunnen behandelen.

Het bevreemdt Aangeslotene dat Consument niet eerder dan in 2005 zijn beklag doet. Voor zover te achterhalen is er in 1998 een hypothecaire geldlening afgesloten en tevens een effectendepot geopend. Dit depot is niet verpand aan Aangeslotene en er is dan ook geen verband tussen de hypotheek en de beleggingen. Er dient derhalve een onderscheid te worden gemaakt tussen het hypotheekdeel van de klacht en het effectendeel van de klacht. Er was geen sprake van een integraal advies ten aanzien van de hypotheek en de beleggingen.

Met betrekking tot het door Consument geproduceerde blad aantekeningen merkt Aangeslotene op dat niet blijkt dat deze aantekeningen afkomstig zijn van een van haar medewerkers. Bovendien vormt het blad geen overeenkomst en is onwaarschijnlijk dat haar medewerker beleggingsadviezen heeft gegeven, want daartoe was hij als adviseur particulieren niet bevoegd. Evenmin blijkt eruit dat Consument is geadviseerd de overwaarde van zijn woning te gelde te maken om vervolgens hiermee participaties in beleggingsfondsen aan te kopen.

De aflossingsvrije lening was vrij besteedbaar. Dat Consument een deel van de lening heeft aangewend om te gaan beleggen is zijn eigen keuze geweest. Consument wist op voorhand dat er na afloop van de looptijd een schuldrest zou overblijven ter hoogte van de aflossingsvrije lening. Dat het effectendepot niet heeft opgeleverd wat Consument destijds

verwachtte, is spijtig voor Consument, maar niet aan Aangeslotene toe te rekenen. In dit kader dient vooropgesteld te worden dat er ten aanzien van de beleggingsbeslissingen geen sprake is geweest van een adviesrelatie maar van een execution only relatie. Dit betekent dat Consument geen adviezen van Aangeslotene ontvangt en zelf geheel verantwoordelijk is voor zijn beleggingsbeleid en zijn beleggingsbeslissingen. Aangeslotene is niet aansprakelijk voor de waardedaling van effecten zoals blijkt uit artikel 8 van de Algemene Bepalingen voor Effectendienstverlening. Daarnaast heeft het depot van Consument een beleggingshorizon van 16 jaar en kan er derhalve nog niet van financieel nadeel worden gesproken. De risico's van beleggen konden Consument bekend zijn, bijvoorbeeld door kennisneming van het destijds verstrekte prospectus.

Aangeslotene bestrijdt dat het hypotheekadvies ongevraagd is verstrekt. Zij betwist daarnaast dat er een advies is gegeven met de overwaarde te gaan beleggen en verzoekt de Commissie de vordering van Consument af te wijzen.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.

4.1 De Commissie acht aannemelijk dat Consument pas in 2005 concrete redenen heeft gevonden zich te beklagen over het in 1998 gegeven advies. Mede om die reden is de Commissie van oordeel dat er niet te veel tijd is verstreken tussen het adviesmoment en het moment van indienen van de klacht. De stukken bevatten voldoende feitelijke aanknopingspunten om een oordeel te kunnen geven over het voorliggende geschil, en Aangeslotene is in staat gebleken zich adequaat te verweren.

4.2 Volgens de destijds heersende opvattingen was het niet ongebruikelijk en werd het evenmin als bijzonder risicovol beschouwd om de overwaarde van de woning via een hypotheek te (her)beleggen. Mede met het oog daarop kan naar het oordeel van de Commissie niet gezegd worden dat het destijds gegeven advies door een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur niet gegeven had mogen worden.

4.3 Consument heeft zich, door een geleend bedrag ter hoogte van de toen aanwezige overwaarde van zijn woning aan te wenden voor effectenbeleggingen, blootgesteld aan de koersrisico's die per definitie verbonden zijn aan beleggingen in effecten. Die risico's waren, ook in 1998, algemeen bekend, zodat niet gezegd kan worden dat het achterwege blijven van een (bewijsbare) nadrukkelijke waarschuwing voor die dat koersrisico een tekortkoming aan de kant van Aangeslotene oplevert. De onzekerheid of het effectendepot uiteindelijk toereikend zal zijn om de aflossingsvrije lening te kunnen terugbetalen, moet daarom voor rekening van Consument blijven. Dat wordt niet anders door de omstandigheid dat Consument zonder het bewuste advies in een financieel gunstiger positie had verkeerd.

4.4 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van 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.