

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-343 d.d. 18 december 2012

(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, prof.mr. M.L. Hendrikse, mr. J.S.W. Holtrop, mr. J.W.M. Lenting en mr. P.A. Offers, leden en mevrouw mr. F. Faes als secretaris)

Samenvatting

Consument heeft via de tussenpersoon een hypothecaire geldlening afgesloten, die gedeeltelijk zou worden afgelost met opbrengsten uit beleggingen. De opbrengsten van de beleggingen blijven ver achter. Consument stelt de tussenpersoon aansprakelijk voor de geleden schade. Het gegeven advies was een advies dat de tussenpersoon als redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon gezien de omstandigheden mocht geven. De vordering wordt afgewezen.

I. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschillenbeslechting van Consument;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.

Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 9 november 2012 en partijen zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. In 1999 heeft Consument zich tot (een rechtsvoorganger van) Aangeslotene gewend voor advies over de financiering van een aan te kopen woning. Een medewerker van Aangeslotene heeft Consument geadviseerd en heeft bemiddeld bij het verkrijgen van een offerte voor een hypothecaire geldlening bij X Bank voor de aankoop van de woning. Uitgangspunt was daarbij dat (een deel van) de overwaarde van de te verkopen woning zou worden belegd ter (gedeeltelijke) aflossing van de schuld. Het doel van Consument was om op zijn pensioendatum een deel van de geldlening af te

lossen om zo lagere maandlasten te realiseren. Ook wilde Consument op de einddatum van de geldlening een gedeelte aflossen.

- 3.2. Op 8 juni 1999 heeft Consument door tussenkomst van Aangeslotene een offerte ontvangen voor de door Aangeslotene geadviseerde geldlening bij X Bank Het te lenen bedrag bedroeg € 595.587,- (f 1.312.500,-) en de geldlening had een looptijd van 21 jaar. In de offerte staat aangaande de aflossingswijze het volgende vermeld: *“(Gedeeltelijke) aflossing zal plaatsvinden uit de verkoopopbrengst van (een gedeelte van) het te verpanden effectendepot bij X met een eerste inleg van f 237.638,-, een onttrekking van f 300.000,- over 12 jaar en een vermogensopbouw van 8% bedraagt f 896.000,- (f 300.000,- over 12 jaar en f 596.000,- over 21 jaar). Op een bedrag van f 416.500,- hoeft niet te worden afgelost. De bank behoudt zich ten allen tijde het recht door alsnog een aflossingsregeling over een te komen.”*

Consument heeft het voor de aflossing bestemde kapitaal belegd in participaties van beleggingsfondsen die worden beheerd door Bank X N.V. (hierna: de bank).

Aangeslotene en de bank hebben daarvoor gezamenlijk een brochure opgesteld. De brochure is aan Consument ter hand gesteld. In de brochure is vermeld dat Aangeslotene en de bank gezamenlijk een aantal fondsen hebben geselecteerd die geschikt worden geacht ter (gedeeltelijke) aflossing van de geldlening. Vervolgens wordt een uitleg gegeven van de werking van drie door de bank beheerde beleggingsfondsen.

- 3.3. Uit het door Consument ondertekende inschrijvingsformulier ten behoeve van de beleggingsrekening bij de bank blijkt dat er voor de volgende beleggingsfondsen is gekozen:

Fonds	Verdeling in %
X N.V.	25% (aandelen)
X S	50% (aandelen)
X mix	25% (aandelen en obligaties)
TOTAAL	100%

- 3.4. Bij het passeren van de hypotheekakte is een bedrag van € 107.836,- (f 237.638,-) op de beleggingsrekening bij de bank gestort. Dit bedrag is vervolgens in de gekozen fondsen belegd. De beleggingsportefeuille is verpand aan de geldverstrekker. Per kwartaal heeft Consument van de bank overzichten ontvangen aangaande de ontwikkelingen van de beleggingen.
- 3.5. De waarde van de beleggingen bedroeg per 31 maart 2010 € 86.258,37. Consument heeft dit bedrag aangewend om op zijn pensioendatum de geldlening gedeeltelijk af te lossen. Het saldo van de beleggingsrekening bedraagt thans nul. Consument is erg ontevreden over de waardeontwikkeling van zijn beleggingen en heeft zich daarover bij Aangeslotene en de bank beklaagd.

4. De vordering en grondslagen

- 4.1. Consument verzoekt bij wijze van bindend advies primair te bepalen dat Aangeslotene aansprakelijk is voor de door Consument geleden schade, bestaande uit het verschil tussen de in de offerte van 8 juni 1999 genoemde aflossingsbedragen en het uiteindelijk ontvangen bedrag althans deze schade nader op te maken bij staat, en

daarbij te bepalen dat Aangeslotene dit bedrag binnen twee weken na de uitspraak aan Consument dient te voldoen.

Subsidiair verzoekt Consument te bepalen dat Aangeslotene is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht door Consument niet te adviseren over mogelijkheden haar schade te beperken en te bepalen dat Aangeslotene aansprakelijk is voor de door Consument geleden schade, nader op te maken bij staat, zowel primair als subsidiair te vermeerderen met rente en met veroordeling van Aangeslotene in de proceskosten.

- 4.2. Aan deze vordering legt Consument – kort gezegd – ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in nakoming van een op haar jegens Consument rustende (bijzondere) zorgplicht. Aangeslotene had informatie moeten inwinnen omtrent de financiële situatie, beleggingservaring en -doelstellingen van Consument. Als zij dat had gedaan dan had zij geweten dat Consument met zijn beleggingen een pensioendoelstelling had. Aangeslotene had Consument op basis daarvan moeten adviseren en in dat kader erop moeten wijzen dat de gekozen beleggingen te risicovol waren en dus niet pasten bij de doelstelling van Consument. Daarnaast had Aangeslotene, toen bleek dat de aflossingsbedragen niet gehaald zouden worden Consument moeten adviseren over mogelijkheden zijn schade te beperken.
- 4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat de rechtsvoorganger van Aangeslotene in opdracht van Consument in 1999 heeft geadviseerd bij de verkrijging van een hypothecaire geldlening voor de aanschaf van een nieuw woonhuis. Aldus is tussen partijen een overeenkomst van opdracht tot stand gekomen. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:401 BW is Aangeslotene daarbij als opdrachtnemer gehouden om bij de uitvoering van zijn werkzaamheden jegens Consument de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. In de verhouding tussen Consument en Aangeslotene als deskundig tussenpersoon brengt dit mee dat Aangeslotene bij de uitvoering van haar (advies)werkzaamheden dient te handelen overeenkomstig hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon mag worden verwacht. Meer concreet betekent dit dat Aangeslotene gehouden is bij Consument informatie in te winnen omtrent diens kennis en ervaring, wensen, doelen en mogelijkheden teneinde zich ervan te verzekeren dat de door haar te verstrekken (financiële) adviezen aansluiten bij de wensen en mogelijkheden van de Consument. Daarnaast mag van Aangeslotene worden verwacht dat zij Consument voldoende duidelijke en juiste informatie verstrekt om hem in staat te stellen een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken de te geven adviezen al dan niet op te volgen. De gevolgen van die keuze komen dan vervolgens voor rekening van Consument. Tegen deze achtergrond moet thans worden beoordeeld of, zoals Consument stelt, Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht.

- 5.2. Tussen partijen is niet in geschil dat Aangeslotene in 1999 op de hoogte was van de financiële positie van Consument en dat Consument geen of weinig ervaring had met beleggen. Evenmin is in geschil dat Consument de overwaarde van zijn vorige woning wilde aanwenden om per pensioendatum (over 12 jaar) een aanzienlijk bedrag van de nieuwe hypotheekschuld te kunnen aflossen om aldus lagere maandlasten te creëren en met het restant bij einde looptijd (over 21 jaar) nogmaals een aflossing te kunnen doen. Ook zijn partijen het er over eens dat om op de pensioendatum en einddatum zo hoog mogelijke aflossingen te kunnen realiseren is gekozen om de overwaarde te beleggen. Vast staat dat Aangeslotene de brochure aan Consument heeft verstrekt. In de brochure is de werking van de drie mogelijke beleggingsfondsen toegelicht en is uiteengezet welke mix van beleggingsfondsen, afhankelijk van de looptijd van de beleggingen het meest geschikt zou zijn. Consument heeft vervolgens in het inschrijfformulier gekozen voor een beleggingsmix die volgens de brochure past bij een lange looptijd (meer dan 10 jaar). Consument heeft ter zitting meegedeeld dat hij zich gerealiseerd heeft dat het uit de overwaarde van de vorige woning verkregen bedrag aldus belegd zou gaan worden en dat hij ook wist dat dit de mogelijkheid van zowel winst als verlies met zich bracht. De stelling dat Consument de in de offerte genoemde 8% als gegarandeerd rendement heeft mogen opvatten stuit reeds daar op af.
- 5.3. De Commissie is van oordeel dat uit het voorgaande blijkt dat Aangeslotene voldoende op de hoogte was van de wensen, doelen en mogelijkheden van Consument om hem te kunnen adviseren en dat Aangeslotene Consument voldoende heeft voorgelicht over de mogelijkheden, kansen en risico's die aan het advies de overwaarde te gaan beleggen verbonden waren om hem in staat te stellen een geïnformeerde en verantwoorde keus te maken het advies te volgen.
- 5.4. Vervolgens is dan aan de orde of het door Aangeslotene verstrekte advies passend was. Daarbij stelt de Commissie voorop dat de juistheid van het advies moet worden beoordeeld naar de maatstaven die daarvoor ten tijde van het uitbrengen van het advies golden. In dat kader is van belang dat naar de stand van de kennis en wetenschap van 1999 een verwacht rendement van 8% per jaar nog alleszins gebruikelijk was en dat, anders dan nu, de grote koersdalingen van de jaren 2001 en 2008 zich nog niet hadden voorgedaan. Voorts geldt dat vrij algemeen aanvaard was dat een belegging van de overwaarde – mede in het licht van de fiscale mogelijkheden voor hypotheekrenteaf trek – zeker op de langere termijn een beter rendement zou genereren dan de daarmee te besparen hypotheekrente. Tegen deze achtergrond is de Commissie van oordeel dat, ook indien rekening wordt gehouden met de inkomens/pensioen wensen van Consument, het advies van Aangeslotene om de overwaarde voor een termijn van minimaal 12 jaar te beleggen in fondsen met een mix van aandelen en obligaties, naar de stand van de kennis en wetenschap van 1999 niet als onjuist of niet passend kan worden aangemerkt. Dat Aangeslotene in dat opzicht jegens Consument tekort zou zijn geschoten wordt dan ook niet gevolgd. De omstandigheid dat het beoogde resultaat uiteindelijk niet is behaald is veeleer het gevolg van – het uiteindelijk aan iedere belegging verbonden – risico van tegenvallende koersontwikkelingen dan van een onjuist advies. Nu ook Consument

zich van dat risico bij aanvang bewust is geweest moeten de gevolgen van zijn keuze toch te gaan beleggen voor zijn rekening blijven.

- 5.5. Tot slot is aan de orde of Aangeslotene Consument tussentijds had kunnen en moeten adviseren de als gevolg van de tegenvallende koersontwikkeling optredende schade te beperken. Aangeslotene heeft in dat kader aangevoerd dat de kwartaalberichten rechtstreeks door de bank aan Consument werden gezonden en dat zij niet op de hoogte werd gehouden van de ontwikkelingen van de beleggingen. Verder voert zij aan dat Consument haar nooit om advies heeft gevraagd. Nog daargelaten dat zij niet op de hoogte is van de stand van zaken en dus ook niet kon adviseren, rust op haar ook niet de verplichting Consument ongevraagd te adviseren over zijn beleggingen, aldus Aangeslotene. Consument heeft niet bestreden dat Aangeslotene niet op de hoogte werd gehouden van de ontwikkelingen van de beleggingen. Evenmin heeft Consument concreet gesteld dat, wanneer en in welk kader hij Aangeslotene heeft gevraagd dienaangaande te adviseren. Onder die omstandigheden kan Aangeslotene ook niet worden verweten dat zij dat niet heeft gedaan.
- 5.6. Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot de conclusie dat de klacht ongegrond is en dat de vordering van Consument moet worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. 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.