

**Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-333
d.d. 18 september 2014**

**(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, mr. A.M.T. Wigger en mr. P.M. Arnoldus-Smit, leden
en mr. L.T.A. van Eck, secretaris)**

Samenvatting

Consument klaagt over de door Aangeslotene uitgevoerde advieswerkzaamheden voor een hypothecaire geldlening. De klacht betreft enerzijds de uitvoering van de overeenkomst waarin door de bank een hypothecaire geldlening aan Consument is verstrekt. De bank en een derde partij, en niet Aangeslotene, zijn in de gegeven omstandigheden voor de uitvoering verantwoordelijk. Dit deel van de klacht is dan ook ongegrond. Anderzijds klaagt Consument over het feit dat hij er niet van op de hoogte was dat hij zelf beleggingsbeslissingen moest nemen. Consument heeft dit deel van zijn klacht onvoldoende aannemelijk gemaakt, zodat ook dit deel van de klacht ongegrond is.

Consument,

tegen

de vennootschap onder firma Ofak, gevestigd te Heemstede, hierna te noemen Aangeslotene,

1. 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 geschilbeslechting van Consument, ontvangen op 7 juni 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene, met bijlagen;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene, met bijlagen.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot een oplossing geleid. Consument en Aangeslotene zullen het advies van de Commissie als niet bindend aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 20 juni 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. In 1998 heeft Consument zich gewend tot Aangeslotene voor advisering over een hypothecaire geldlening voor de aankoop van een woning (hierna: de woning I).

- 3.2. De bank heeft eind 1998, via Aangeslotene, een offerte voor een hypothecaire geldlening aan Consument doen toekomen. Deze offerte is door Consument en zijn partner ondertekend en vermeldt, voor zover relevant:
- “Pandrecht op : Eerste pandrecht ten behoeve van de bank op een bij [een derde] te openen effectendepot en bijbehorende effectenrekening, met een eerste storting van f. 115.000,00. Deze verpanding zal worden vastgelegd in een separate overeenkomst.*
- (...)*
Deze aanbieding geschiedt onder het voorbehoud dat:
- ten behoeve van de bank een eerste pandrecht wordt gevestigd op een bij [de derde] te openen effectenrekening en bijbehorend effectendepot, tezamen groot f 115.000,00. (...)*
- 3.3. Consument heeft op 20 augustus 1998 een orderformulier ingevuld, ondertekend en bij bedoelde derde aangeleverd. Met dit formulier heeft Consument aan de derde de opdracht gegeven om voor bedrag van fl. 115.000,- aan effecten (hierna: de effecten) te kopen.
- 3.4. In 2004 heeft Aangeslotene Consument geadviseerd over een hypothecaire geldlening voor de aankoop van een tweede woning (hierna: woning II). Consument en zijn echtgenote hebben op 3 maart 2004 de offerte voor een hypothecaire geldlening van de bank ondertekend. Woning II is in 2006 verkocht.
- 3.5. Consument heeft op 27 december 2007 een e-mailbericht aan Aangeslotene verzonden met de navolgende inhoud, voor zover relevant:
- “Ik heb een paar maanden geleden papieren van [de bank] ontvangen met de mededeling dat verplichte documenten niet bij hen aanwezig zouden zijn. Ik weet zeker dat ik deze gegevens ook in 2006 had verstrekt. (...) [De bank] belegt nu niet meer. Vandaar waarschijnlijk dat mijn hypotheeklasten ook omhoog zijn gegaan?! Ik ben het hier natuurlijk niet mee eens omdat ze de gegevens in hun bezit moeten hebben. Zou je mij kunnen adviseren wat te doen.”*
- Op dezelfde dag heeft Aangeslotene een e-mailbericht aan Consument verstuurd met onder meer de volgende inhoud:
- “Alsjeblieft geen paniek. Ook ikzelf heb die rotzooi (lees: documenten) nog niet ingeleverd. Geen tijd. Ook ik heb deze documenten jaren geleden al ingeleverd. Deze brief is standaard aan iedereen verzonden. Dit omdat men de AFM vreest. Men wil alles opnieuw in de dossiers hebben zodat al hun dossiers 100% AFM-proof zijn (dat scheelt bij controles weer het nodige aan boetes).
Jouw hypotheeklasten zijn hierdoor niet gestegen. Waardoor zij wel gestegen zijn kan ik zo niet direct achterhalen, maar heeft vermoedelijk met de rentestand te maken. (...)
Uiteraard wil ik je adviseren. Het handigst is als wij volgende week even een afspraakje plannen. Bel maar even dan kijken we even wanneer het past. (...)
In afwachting van jouw telefoontje.”*
- 3.6. De effecten zijn in 2011 verkocht, waarna de verkregen liquide middelen zijn verpand aan de bank.
- 3.7. Woning I is in 2013 verkocht.

4. De vorderingen en grondslagen

- 4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem geleden schade.
- 4.2. Deze vordering steunt kort en zakelijk op de volgende grondslagen:
- Consument heeft in een e-mailbericht van 27 december 2007 zijn zorgen geuit over het feit dat zijn beleggingsportefeuille geen rendement meer opleverde. Doordat Aangeslotene niet adequaat op dit e-mailbericht heeft gereageerd, zijn de effecten vanaf 2007 niet naar behoren beheerd en heeft Consument schade geleden. Als Aangeslotene Consument in 2007 juist had geadviseerd, had Consument actie kunnen ondernemen en zijn schade kunnen beperken.
 - Aangeslotene heeft Consument nooit gemeld dat hij actie moest ondernemen op de door hem ontvangen berichten van de bank en de derde. Dit terwijl Consument dit meerdere malen expliciet aan Aangeslotene heeft verzocht en partijen een vriendschappelijk relatie hadden.
- 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. Consument heeft Aangeslotene in 1998 verzocht hem en zijn partner te adviseren over de financiering van woning I. De klacht van Consument ziet op de gebrekkige advisering door Aangeslotene, niet alleen rond het moment van het aangaan van de hypothecaire geldlening maar ook in de periode daarna.
- 5.2. Hoewel Aangeslotene als meest ver strekkende verweer heeft aangevoerd dat Consument niet-ontvankelijk is op grond van artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek, ziet de Commissie aanleiding de klacht eerst inhoudelijk te behandelen.
- 5.3. Bij de inhoudelijke beoordeling van de klacht is van belang dat Aangeslotene Consument en zijn partner heeft geadviseerd over de financiering van woning I en dat de bank - in het kader van deze advisering - aan Consument en zijn partner een offerte heeft uitgebracht. Door het accorderen van deze offerte zijn Consument en zijn partner een overeenkomst voor een hypothecaire lening voor woning I aangegaan, op basis waarvan Consument een deel van het geleende geld bij de derde belegde om daarmee op termijn (een deel van) het geleende geld te kunnen aflossen. Consument en de bank zijn daarbij overeengekomen dat de bank een eerste pandrecht heeft op een bij de derde te openen effectendepot en bijbehorende effectenrekening tezamen groot fl. 115.000,-, zoals vermeld onderaan het voorblad van de offerte na "*pandrecht op*" en halverwege vervolgbld 2 onder "*Deze aanbieding geschiedt onder het voorbehoud dat:*". Door akkoord te gaan met deze hypotheekofferte, ontstonden tussen Consument rechtsverhoudingen respectievelijk met de bank ten aanzien van de geldlening en met de derde ten aanzien van het aan de bank verpande effectendepot en de effectenrekening.
- 5.4. Consument klaagt ten eerste over de door Aangeslotene uitgevoerde advieswerkzaamheden bij het aangaan van de hypothecaire geldlening. Volgens Consument heeft Aangeslotene hem niet medegedeeld dat hij zelf effecten diende te beheren en te beleggen. Aangeslotene voert aan dat hij Consument heeft gewezen op de "execution only" relatie met de derde en dat Consument niet heeft aangegeven dat hij het onderscheid

tussen de rechtsverhoudingen met de bank enerzijds en met de derde anderzijds niet begreep. Daarnaast wijst Aangeslotene op het orderformulier waarmee Consument de derde op 20 augustus 1998 de opdracht heeft gegeven om voor een bedrag van fl. 115.000,- aan effecten te kopen. Consument heeft zijn stelling vervolgens niet nader onderbouwd. De Commissie overweegt dat het door de derde verstrekte orderformulier duidelijk is zodat Consument had kunnen en moeten begrijpen dat hij het was die met dit formulier effecten kon aan- en verkopen. Daartoe heeft hij trouwens op 20 augustus 1998 ook de opdracht verstrekt. Indien Consument toch vragen had over dit formulier, had het op zijn weg gelegen om contact op te nemen met de derde (welke partij duidelijk op het formulier staat vermeld) of met Aangeslotene. Het is niet gesteld of gebleken dat hiervan sprake is geweest. Consument heeft, gelet op het voorgaande, onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij niet wist dat hij zelf initiatief diende te nemen voor beleggingen. Dit deel van de klacht is dan ook ongegrond.

- 5.5. Daarnaast klaagt Consument over het handelen van Aangeslotene nadat de hypothecaire geldlening tussen Consument en de bank en daarmee de rechtsverhouding tussen Consument en de derde tot stand was gekomen. Meer in het bijzonder heeft dit deel van de klacht betrekking op de initiële koop van effecten in 1998 en de begeleiding bij verdere ver- en aankopen van effecten. De Commissie overweegt dat Aangeslotene Consument heeft geadviseerd over de totstandkoming van deze overeenkomsten en daarbij heeft bemiddeld. De opdracht tot adviseren en bemiddelen strekte zich in beginsel niet uit tot de uitvoering van deze overeenkomsten. De verantwoordelijkheid daarvoor lag in beginsel bij de bank en de derde. Begeleiding bij de aan- en verkoop van effecten betreft bij uitstek de uitvoering van de overeenkomst zelf tussen Consument en derde, waarvoor Aangeslotene dus niet verantwoordelijk is. Dit zou anders zijn indien partijen daarover afwijkende afspraken hadden gemaakt, maar dat is hier niet gebleken. Consument heeft zich op het standpunt gesteld dat hij naar aanleiding van de door hem ontvangen waarde overzichten van de effecten contact heeft opgenomen met Aangeslotene en Aangeslotene hem heeft medegedeeld dat hij niets hoefde te doen. De Commissie gaat aan deze stelling voorbij, nu hij deze stelling, nadat Aangeslotene deze heeft betwist, niet nader heeft onderbouwd. Voor zover Consument zich in dit verband beroept op de hiervoor onder 3.5. weergegeven mailwisseling, kan dit niet het door hem gewenste gevolg hebben. Daarin gaat het over een ander onderwerp en dat raakt niet de hier besproken verantwoordelijkheid van Aangeslotene. Gelet op het voorgaande, is ook dit deel van de klacht ongegrond.
- 5.6. Hoewel de klacht reeds op voornoemde gronden zal worden afgewezen, merkt de Commissie ten aanzien van de ontvankelijkheid van Consument het volgende op. Consument is in 1998 een beleggingshypotheek aangegaan. Indien Consument niet tevreden was over de door Aangeslotene geleverde diensten of de uitvoering van de overeenkomst had zij binnen bekwame tijd nadat hij dit ontdekte of had moeten ontdekken bij Aangeslotene, de bank of de derde moeten protesteren (zie artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek). Volgens Consument heeft hij met het e-mailbericht van 27 december 2007 zijn zorgen geuit aan Aangeslotene. Zoals Aangeslotene terecht opmerkt, kan uit dit e-mailbericht niet expliciet een klacht jegens haar, laat staan een relevante klacht, worden afgeleid.
- 5.7. Daarnaast voert Aangeslotene onbetwist aan dat zij Consument, naar aanleiding van dit e-mailbericht, de maanden erna bijna wekelijks heeft geprobeerd te bereiken om een afspraak in te plannen, terwijl Consument niet heeft gesteld van die pogingen niet op de

hoogte te zijn geweest. Hoe dan ook, vaststaat dat Consument zelf geen contact met Aangeslotene hierover heeft opgenomen. Dat na voornoemd e-mailbericht geen contactmoment tussen partijen is geweest kan, gelet op het voorgaande, dan ook niet aan Aangeslotene worden verweten. Consument is vervolgens pas in 2011 op dit ongenoegen teruggekomen door Aangeslotene aansprakelijk te stellen. Consument heeft niet verklaard waarom hij pas in 2011 zijn bij hem in 2007 ontstane klacht daadwerkelijk heeft doorgezet. Gelet op dit tijdsverloop heeft Consument te laat geklaagd, waardoor hij geen beroep meer kan doen op een gebrek in de door Aangeslotene geleverde werkzaamheden. Nu de vordering van Consument reeds op de 5.3 tot en met 5.5 genoemde gronden zal worden afgewezen, verbindt de Commissie hier echter verder geen conclusies aan.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij niet 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.