

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr.2014-336 d.d. 23 september 2014

(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en J.C. Buiters, leden en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

De vermogensbeheerder erkent dat zij toerekenbaar jegens Consumenten is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen als redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel dienstverlener. Op basis van de risico enquête had zij de beleggingsportefeuille nooit op deze wijze mogen gaan beheren. Nu de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, wordt het schadevergoedingsbedrag door de Commissie op grond van art. 6:97 BW geschat. De vordering wordt toegewezen.

Consumenten,

en

Ostrica B.V., gevestigd te Amstelveen, hierna te noemen Aangeslotene.

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 geschilbeslechting als ontvangen op 10 september 2013;
- de schadebegroting door Consumenten van 20 december 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consumenten; en
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat beide partijen het advies van de Commissie als bindend aanvaardden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 21 augustus 2014 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

- 2.1. Medio 2005 hebben Consumenten zich tot hun financieel adviseur gewend met onder meer als doel een verlaging van hun maandelijkse hypotheeklasten te realiseren.
- 2.2. Op dat moment hadden Consumenten een hypothecaire geldlening van € 161.157,-
- 2.3. Op 12 juli 2005 heeft de financieel adviseur het advies aan Consumenten uitgebracht de bestaande hypothecaire geldlening volledig af te lossen en een nieuwe, hogere, hypothecaire geldlening af te sluiten welke ongeveer gelijk was aan de getaxeerde waarde van de woning van Consumenten, zodat de overwaarde van de woning, een bedrag van € 144.205,-, zou kunnen worden belegd via Aangeslotene, als vermogensbeheerder.

- 2.4. Het betrof een beleggingshypotheek van € 350.000,- tegen een rente van 3,2% voor één jaar vast. Met de hypothecaire geldlening werd tevens een aantal kredietovereenkomsten afgelost en er werd onder meer een beleggingsverzekering met een garanti kapitaal afgesloten.
- 2.5. Voorafgaand aan het aangaan van de vermogensbeheerovereenkomst heeft Aangeslotene Consumenten een risicoenquête laten invullen. Consumenten hebben hier – voor zover relevant – het volgende ingevuld:
- “(…)
- 4 Belegt u reeds in aandelen?
X Nee, ik vind dat veel te griezelig (...)
- 5 Belegt u ook reeds in opties en futures?
X Nee, ik vind dat veel te griezelig (...)
- 6 Welke uitspraak past het meest bij u? (...)
X Schoenmaker blijf bij je leest, ik ben geen belegger
- 7 Welke rendementsverdeling vindt u het aantrekkelijkst?
X Een 100% obligatierendement
- 8 Hoe kijkt u aan tegen beleggen met geleend geld?
X Dat zou ik nooit doen (...)
- Beleggingshorizon: 30 jaar
Risicoprofiel: Palladyne ‘Totaal’ Beleggersprofiel
Onttrekking(en): u heeft aangegeven dat u NIET gaat onttrekken uit uw effectendepot
Volgens dit profiel zal de beleggingsportefeuille als volgt worden opgebouwd:
Obligaties 23%, convertibles 25%, aandelen 27% en alternatives 25%”
- 2.6. Op 10 oktober 2005 hebben Consumenten de vermogensbeheerovereenkomst met Aangeslotene afgesloten. In de overeenkomst is – voor zover relevant – het volgende bepaald:
- “5.3 Cliënt zal een aanspraak ter zake van schadevergoeding jegens Palladyne geldend dienen te maken door een schriftelijke kennisgeving bij aangetekende brief aan Palladyne binnen 1 jaar nadat Cliënt de schade heeft vastgesteld dan wel redelijkerwijs zou hebben kunnen vaststellen. Cliënt zal een aanspraak zodanig toelichten en van eventuele gegevens voorzien, dat Palladyne de aard van de vordering kan vaststellen.”
- 2.7. Vanaf 12 januari 2006 heeft Aangeslotene het bedrag van € 144.205,- beheerd.
- 2.8. Op 10 maart 2006 hebben Consumenten een zogenoemd overboekingsformulier ingevuld met daarin het verzoek maandelijks een onttrekking van € 716,- aan de beleggingsportefeuille uit te voeren. De adviseur van Consumenten heeft dit formulier op 14 maart 2006 aan Aangeslotene gefaxt.
- 2.9. Bij brief van 16 maart 2006 heeft Aangeslotene aan Consumenten bevestigd het verzoek uit te voeren. Zij heeft het beleggingsprofiel op dat moment veranderd van een zogenoemd Totaal profiel naar een meer defensief, zogenoemd Balans profiel.
Uitgangspunt voor de verdeling van de asset categorieën voor het Balans profiel is: obligaties 20%, convertibles 30%, aandelen 30% en alternatives 20%.
- 2.10. Op 1 februari 2007 is de hypotheekrente opnieuw voor 1 jaar vastgesteld tegen een rentepercentage van 5,05%.
- 2.11. Bij e-mailbericht van 5 maart 2007 heeft de financieel adviseur namens Consumenten Aangeslotene verzocht een bedrag van € 881,40 per maand aan de beleggingsportefeuille te

onttrekken. Dit bedrag kwam op dat moment neer op ongeveer 8% van de waarde van de portefeuille.

- 2.12. Bij brief van diezelfde dag heeft Aangeslotene onder meer het volgende aan de financieel adviseur bericht:

“De maximaal door Palladyne toegestane onttrekking is 6,00% van het huidige vermogen op jaarbasis. Dit is een bedrag van 661,05 euro. De periodieke onttrekking valt daarmee binnen de, door Palladyne gestelde grenzen, zoals vermeld op onze productkaart. De productkaart kunt u vinden op www.palladyne.nl.

Bij een onttrekking hoger dan 6,00 % zal het vermogen sneller afnemen. Als actief vermogensbeheerder streeft Palladyne naar de juiste risico/rendementsverhouding na kosten. Daarom zal bij onttrekkingen hoger dan 6% het vermogen worden belegd in het **Palladyne Basis Profiel**. Indien cliënt, tegen het advies van Palladyne in, besluit een onttrekking te doen tussen de 6,00% en 8,00%, dient cliënt zich bewust te zijn van de gevolgen van de gevraagde onttrekking. Daarom hebben wij een formulier met de Prognose Rendement bijgevoegd.

Indien Cliënt akkoord gaat met de onttrekking van 881,40 euro per maand, en wijziging naar het Palladyne Basis Profiel, ondertekent cliënt de bijgevoegde gewijzigde **Prognose Rendement**. Cliënt volgt hiermee niet het advies van en is zich bewust van de consequentie(s) van deze keuze (...).”

- 2.13. In bedoeld gewijzigde Prognose Rendement formulier is onder meer het volgende opgenomen:

(...)

- Ik ben mij bewust van het feit dat ik een hoge periodieke onttrekking doe uit het gestorte vermogen wat kan leiden tot het sneller afnemen van het vermogen;
- Ik ga akkoord met een hoger onttrekkingspercentage dan de, door Palladyne maximaal toegestane 6%, en ben mij bewust van het grotere risico wat het niet volgen van dit advies met zich meebrengt.
- Ik ga akkoord met de wijziging van het Palladyne Balans Profiel naar Palladyne Basis profiel.
- Ik ga akkoord met onderstaand risicoprofiel en onttrekkingsschema. (...).”

Consumenten hebben dit formulier voor akkoord ondertekend.

- 2.14. Bij brief van 8 juli 2011 heeft Aangeslotene Consumenten geadviseerd de maandelijkse onttrekkingen te maximeren op 6% van de portefeuillewaarde op jaarbasis. Een afschrift van deze brief is aan Aangeslotene gezonden. Consumenten hebben dit advies niet opgevolgd.
- 2.15. Bij brief van 29 juli 2013 heeft Aangeslotene de vermogensbeheerovereenkomst opgezegd en heeft zij de beleggingsportefeuille per 31 augustus 2013 geliquideerd. De opbrengst van € 49.325,69 heeft zij overgemaakt naar de geldverstrekker ter gedeelte aflossing van de hypothecaire lening.
- 2.16. Vanaf aanvang van het vermogensbeheer tot eind augustus 2013 is er door Consumenten een bedrag van € 83.613,69 aan de beleggingsportefeuille onttrokken.

3. De vordering en grondslagen

- 3.1. Consumenten vorderen dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot het betalen van een bedrag van € 70.500,-, zijnde 40% van de totale schade van € 176.251,-.

- 3.2. Aan hun vordering leggen Consumenten ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in haar verplichtingen als redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel dienstverlener. Op basis van de risicoenquête had zij de beleggingsportefeuille nooit op deze manier mogen beheren. Bovendien heeft zij verzuimd hen voldoende te informeren over de risico's van beleggen met geleend geld.
- 3.3. Aangeslotene heeft de stellingen van Consumenten gedeeltelijk weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1. Ontvankelijkheid

Tijdens de schriftelijke procedure heeft Aangeslotene zich op het standpunt gesteld dat Consumenten niet ontvankelijk zijn in hun klacht omdat deze niet overeenkomstig artikel 15.1. van het Reglement binnen drie maanden na het oordeel van de Ombudsman aan de Geschillencommissie is voorgelegd. De Commissie stelt vast dat de Ombudsman zich bij zijn oordeel van 11 juni 2013 over de kwestie heeft uitgesproken. Daarnaast stelt zij vast dat Consumenten zich bij brief van 10 september 2013 tot de Geschillencommissie hebben gewend. Hiermee is voldaan aan de voorwaarden van artikel 15.1. van het Reglement. Dat bedoelde brief pas op 15 november 2013 in de digitale administratie van de Geschillencommissie is opgenomen, is te wijten geweest aan omstandigheden binnen Kifid die niet aan Consumenten kunnen worden toegerekend. Het verweer van Aangeslotene treft daarom geen doel.

Inhoudelijke beoordeling

- 4.2. Verder doet Aangeslotene een beroep op de vervalclausule in artikel 5.3. van de vermogensbeheerovereenkomst. Voor de beoordeling van dit verweer is van belang dat dit beding op grond van artikel 6:237 onder h BW vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn. Aangeslotene heeft niets naar voren gebracht wat het gebruik van de clausule rechtvaardigt, waarbij de Commissie belang hecht aan het feit dat het inrichten van een portefeuille conform de beleggingsdoelstellingen en risicobereidheid van de cliënt tot de kerntaken van een vermogensbeheerder behoort en dat het hier gaat om particuliere cliënten zonder specifieke kennis van beleggingen tegenover een deskundige vermogensbeheerder. Hoewel Consumenten geen beroep op artikel 6:237 onder h BW hebben gedaan, dient op grond van Europese rechtspraak ook ambtshalve getoetst te worden op het mogelijk onredelijk bezwarende karakter van algemene voorwaarden en mag een onredelijk bezwarend beding geen effect hebben. Dit betekent dat de Commissie, naar Nederlands recht, tot het oordeel komt dat een beroep op het onderhavige beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vgl. HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395 (*Pannon*) en het rapport 'Ambtshalve toetsing' van de werkgroep LOVCK van februari 2010, p. 12). Dat brengt mee dat de Commissie over zal gaan tot een verdere inhoudelijke beoordeling van de klacht.
- 4.3. Aangeslotene erkent dat zij toerekenbaar jegens Consumenten is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen als vermogensbeheerder en dat zij aansprakelijk is voor een deel van de door Consumenten geleden schade. Tussen partijen staat ter discussie welk bedrag Aangeslotene als schadevergoeding aan Consumenten zou moeten betalen. Gelet op het voorgaande zal de Commissie zich daarom enkel uitspreken over de hoogte van de door Aangeslotene te betalen schadevergoeding.

- 4.4. *Schade*
Als ter zitting reeds vastgesteld kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld. Daarom zal de Commissie in overeenstemming met hetgeen is neergelegd in art. 6:97 BW de omvang van de schade schatten.
- 4.5. Voor de vraag welke schade Consumenten als gevolg van die toerekenbare tekortkoming hebben geleden houdt partijen met name het antwoord op de vraag verdeeld of de onttrekkingen aan de beleggingsportefeuille met een totaalbedrag van € 83.613,69,- als schade kunnen worden aangemerkt. De Commissie overweegt als volgt.
- 4.6. Vast staat dat de hypothecaire geldlening € 350.000,- bedroeg en een rentevast periode van één jaar kende. Tevens staat vast dat de rente in elk geval na één jaar van 3,2 % naar 5,05 % is verhoogd. De Commissie acht de stelling van Consumenten dat de hoogte van de maandelijkse onttrekking correspondeerde met de hoogte van de maandelijkse hypotheeklast daarom aannemelijk. Nu Consumenten zich als gevolg van de niet passende financieringsconstructie genoodzaakt zagen onttrekkingen te doen, maken zij daarom naar het oordeel van de Commissie onderdeel uit van de schade.
- 4.7. Eveneens staat vast dat Aangeslotene in de totale financiering van € 350.000,- voor een bedrag van € 144.205,- heeft geparticipeerd. De rol van Aangeslotene zag daarmee niet op het grootste deel van de constructie, welke zij evenmin heeft bedacht of geadviseerd aan Consumenten. Anderzijds vormden de beleggingen een wezenlijk element van de financieringsconstructie die – gelet op de inhoud van de risicoenquête – nooit verstrekt had mogen worden. Daarnaast staat vast dat met de nieuwe geldlening onder meer diverse doorlopende kredietovereenkomsten zijn afgelost en een koopsom voor een garantieverzekering is voldaan. Ook kan redelijkerwijs worden aangenomen dat Consumenten een fiscaal voordeel van de constructie hebben genoten, welke de Commissie eveneens in aanmerking zal nemen. Alles overziende schat de Commissie de door Aangeslotene te betalen schadevergoeding in redelijkheid op een bedrag van € 35.000,-.
- 4.8. *Proceskosten*
Omdat Consumenten in het gelijk zijn gesteld, wordt Aangeslotene veroordeeld in de proceskosten, bestaande uit de eigen bijdrage ad € 50,- en de kosten voor rechtsbijstand. Ten aanzien waarvan de Commissie conform artikel 40.9 van haar Reglement, aansluiting zoekt bij het liquidatietarief rolzaken kanton met een maximum van € 5.000,-. De vergoeding voor proceshandelingen bij een toegewezen bedrag van € 35.000,- is op basis van dit tarief € 400,- per proceshandeling. Uitgaande van drie proceshandelingen (indienen van een klacht, repliek en het bijwonen van een zitting) stelt de Commissie de vergoeding voor de kosten voor rechtsbijstand vast op € 1.200,-.
- 4.9. Het meer of anders gevorderde wijst de Commissie af.

5. Beslissing

De Commissie beslist bij bindend advies dat Aangeslotene, binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consumenten vergoedt:

- (a) een bedrag van € 35.000,-;
- (b) het bedrag van € 50, betaald door Consumenten als eigen bijdrage; en
- (c) een bedrag van € 1.200,- ter zake van kosten voor rechtsbijstand.

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