

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-374 d.d.
8 december 2015
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en R.H.G. Mijné, leden en
mr. M.J.M. Fennis, secretaris)**

Samenvatting

Vermogensbeheer. De Commissie oordeelt dat de uitgangspunten en doelstellingen destijds reeds bij het aangaan van het vermogensbeheer niet reëel waren en dat het onwaarschijnlijk was dat het doelvermogen zou worden behaald. Consument kon zich daarbij niet veroorloven dat de vermogensopbouw zou tegenvallen. De Commissie oordeelt dat voor zover op einddatum de dan gerealiseerde vermogensopbouw tot een tekort leidt, de helft daarvan door Aangeslotene aan Consument dient te worden vergoed.

Consument,

tegen

ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, 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;
- de brief van Consument van 27 februari 2013;
- het door Consument ondertekende vragenformulier van 27 maart 2013;
- de brief van Consument van 1 april 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.
- nadere akte van Consument van 30 januari 2014;
- nadere akte van Aangeslotene van 3 februari 2014.

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 27 november 2013 en zijn aldaar verschenen.

Naar aanleiding van hetgeen tijdens de mondelinge behandeling naar voren is gebracht, zijn partijen in de gelegenheid gesteld een nadere akte na de mondelinge behandeling te nemen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. Medio 2000 heeft Consument zich tot Aangeslotene gewend en verzocht om een krediet van NLG 1.600.000,- voor de aankoop van een nieuwe woning. Er was op dat moment een overwaarde van de toenmalige woning van NLG 350.000,-. Aangeslotene heeft Consument geadviseerd over het krediet en aflossing. Uitgangspunt bij het advies is geweest dat Consument de lening na 17 jaar (gedeeltelijk) wilde aflossen in plaats van na de gebruikelijke 30 jaar. Daartoe zou de overwaarde van de bestaande woning in een effectendepot moeten worden gestort en moeten renderen tegen een jaarlijks rendement van 7%.
- 2.2. Aangeslotene heeft Consument een krediet verstrekt van NLG 1.600.000,-. Op naam van Consument is een effectendepot geopend waarin NLG 200.000,-, zijnde een deel van de overwaarde op de bestaande woning, is gestort.
- 2.3. Bij aanvang van de vermogensadviesrelatie is voor Consument een “matig offensief” risicoprofiel overeengekomen. De daarbij behorende portefeuille bestond uit 36% obligaties, 12% onroerend goed en 52% aandelen en zag er als volgt uit:
- | | | |
|-----------------|-------------------------------|------------------|
| Obligaties: | Euro Obligatiefonds | 32.580,64 |
| Onroerend goed: | Global Property Fund | 10.389,54 |
| Aandelen: | Global Emerging Markets Funds | 4.695,40 |
| | Japan Equity Fund | 6.573,96 |
| | Asian Tigers Funds | 938,28 |
| | Trans Europe Fund | 15.026,49 |
| | America Fund | 19.772,89 |
| Totaal: | | 89.974,20 (Euro) |
- 2.4. In 2003 heeft Aangeslotene contact met Consument opgenomen en geadviseerd het onroerendgoedfonds in de portefeuille te verkopen. Het profiel van Consument is gewijzigd naar “matig defensief”. Voorts is voor Consument in 2003 een tweede effectendepot geopend waarin een bedrag van € 25.000,- is gestort.
- 2.5. In de periode 2000-2006 heeft Consument verliezen geleden op zijn beleggingen. Aangeslotene heeft Consument in 2006 geadviseerd beide depots samen te voegen en onder te brengen op basis van vermogensbeheer. Daartoe is een vermogensbeheerovereenkomst d.d. 1 mei 2006 aangegaan. Uit de vermogensbeheerovereenkomst blijkt dat het beheerd vermogen € 110.000,- bedroeg.
- 2.6. Ter vaststelling van het risicoprofiel voor het vermogensbeheer is een vragenlijst ingevuld. Uit de vragenlijst komt naar voren dat een risicoprofiel “Balans” het meest bij Consument past. Consument heeft echter voor profiel “Groei” gekozen.
- 2.7. Bedoeling van het vermogensbeheer was dat het vermogen van € 110.000,- in een periode van 11 jaar zou groeien naar een bedrag van € 285.000,-. Daartoe was een jaarlijks rendement vereist van 9%.
- 2.8. Het rendement op het beheerd vermogen is achtergebleven bij het geprognosticeerd rendement van 9%. Het is thans niet waarschijnlijk dat het beoogde eindkapitaal aan het eind van de looptijd van de lening van 17 jaar (medio 2017) zal worden gehaald.

3. Het geschil

- 3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden en nog te lijden schade. De schade begroot Consument op € 726.048,35 minus de opbrengst van de portefeuille op de aflosdatum, dan wel een bedrag in goede justitie vast te stellen.
- 3.2. Kort en zakelijk weergegeven legt Consument aan deze vordering het volgende ten grondslag:
- a) Aangeslotene heeft haar zorgplicht verzaakt door bij het aangaan van de adviesrelatie in 2000 geen risicoprofiel op te stellen en aldus de wensen, risicobereidheid en doelstellingen van Consument niet te inventariseren. Daarom kan er van een redelijk en juist gegeven advies geen sprake zijn. Consument legt voorts aan de vordering ten grondslag dat Aangeslotene Consument onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de risico's.
 - b) Met betrekking tot de in 2006 aangegane vermogensbeheerovereenkomst legt Consument eveneens aan de vordering ten grondslag dat Aangeslotene hem onvoldoende heeft gewaarschuwd dat de doelstelling van het vermogensbeheer onrealistisch was en dat deze op enig moment niet (langer) haalbaar was.
 - c) Consument doet daarnaast zijn beklag over de afgesloten overlijdensrisico-verzekering, welke is gekoppeld aan het krediet. Consument stelt dat er sprake is van koppelverkoop.
- 3.3. Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:
- I. de klacht die Consument thans voorlegt is een andere klacht dan de klacht die hij aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft voorgelegd. De klacht ten aanzien van de vermogensadviesovereenkomst dient derhalve buiten beschouwing te worden gelaten;
 - II. van koppelverkoop is geen sprake, Consument was vrij de overlijdensrisico-verzekering elders af te sluiten;
 - III. dat Aangeslotene meer 13 jaar na aanvang van de adviesovereenkomst geen schriftelijke bescheiden kan terugvinden, betekent niet dat Aangeslotene zich niet aan de toen geldende regels heeft gehouden. Aangeslotene heeft een advies gegeven dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur in redelijkheid mocht geven;
 - IV. Aangeslotene heeft Consument bij aanvang van de vermogensbeheerovereenkomst voldoende op de risico's gewezen en Consument is er schriftelijk op gewezen dat het kiezen van een risicovoller profiel kan leiden tot risico's die niet bij hem passen;
 - V. Aangeslotene meent dat er sprake is van verjaring of in ieder geval rechtsverwerking.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie verwerpt het verweer dat de klacht van Consument over de vermogensbeheerovereenkomst buiten behandeling dient te worden gesteld, omdat deze niet eerst aan Aangeslotene en de Ombudsman Financiële Dienstverlening is voorgelegd. In lijn met hetgeen eerder is beslist door de Klachtencommissie DSI en de Commissie van Beroep, ziet de Commissie geen beletsel om stellingen en nadere vorderingen bij haar beoordeling te betrekken die weliswaar tijdens de procedure bij de Commissie voor het eerst naar voren zijn gebracht, maar te beschouwen zijn als een aanvulling of uitbreiding van het aan Aangeslotene en de Ombudsman voorgelegde geschil. Strijd met de beginselen van een goede procesorde kan reden zijn om nieuwe stellingen over de omvang of de gronden van een vordering buiten beschouwing te laten, vooral wanneer Aangeslotene daardoor wordt beroofd van een mogelijkheid zich naar behoren te verweren.

Dit laatste is echter niet gebleken; Aangeslotene heeft immers zowel schriftelijk als mondeling gelegenheid gekregen voor een reactie op alle stellingen van Consument en heeft deze gelegenheid ook benut.

- 4.2. Artikel 3:310 lid 1 Burgerlijk Wetboek (verder: BW) luidt als volgt: “Een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden.”
- 4.3. Artikel 6:89 BW luidt als volgt:
“De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.”
Aangeslotene voert in haar verweer allereerst aan dat Consument te lang heeft gewacht om zijn onvrede uit te spreken. Artikel 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.
- 4.4. In zijn arresten van 8 februari 2013 heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, acht dient te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie, alsmede ook de deskundigheid van de schuldeiser. Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van art. 6:89 BW is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in art. 6:89 BW vermeld - te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming - en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend, aldus steeds de Hoge Raad.
- 4.5. In het kader van de totstandkoming van de overeenkomst geldt Aangeslotene als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl in het onderhavige geval bij Consument een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreekt. Dit brengt met zich dat Consument niet zonder meer op de hoogte hoeft te zijn van het bestaan van de bij het afsluiten van de overeenkomst op Aangeslotene rustende zorg- en informatieplicht terwijl hij, indien hij daarvan wel op de hoogte is, in beginsel ervan mag uitgaan dat Aangeslotene die verplichting jegens hem naleeft. Het niet naleven van de betreffende verplichting is derhalve niet een tekortkoming van Aangeslotene die Consument zonder meer hoort op te merken. Op Consument rust dan ook pas een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of Aangeslotene haar informatieverplichting jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die verplichting op de hoogte is en gereede aanleiding heeft te

veronderstellen dat Aangeslotene daarin kan zijn tekortgeschoten (vergelijk r.o. 4.3.1- 4.3.2 van HR 8 februari 2013, LJN BY 4600).

- 4.6. De Commissie stelt vast dat Consument in het voorjaar van 2010 vragen heeft gesteld en nadat hij uitsluitel van Aangeslotene heeft verkregen, Aangeslotene aansprakelijk heeft gesteld. Daarmee geldt dat Consument ten minste voor een deel van de vordering tijdig onderzoek heeft gedaan en tijdig heeft geprotesteerd en dat Aangeslotene geen beroep op het bepaalde in artikel 6:89 BW toekomt. Op de omstandigheid dat Consument pas in 2010 heeft ontdekt dat hij wellicht een vordering op Aangeslotene had en dus pas op dat moment is staat was die vordering ook daadwerkelijk in te stellen, stuit ook het beroep op verjaring af. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht. Zij zal waar relevant op de protestplicht nog terugkomen.

Ad a):

- 4.7. Dit klachtonderdeel is ongegrond. Partijen verschillen van mening of bij het aangaan van de adviesrelatie in 2000 het risicoprofiel is opgesteld en de wensen, risicobereidheid en doelstellingen van Consument wel of wel juist zijn geïnventariseerd. Ook in 2000 diende onder oude regelgeving het ken-uw-klantbeginsel te worden nagestreefd op het moment dat er een adviesrelatie werd aangegaan. De stellingen van Consument leunen sterk op het uitgangspunt dat indien wordt vastgesteld dat de voorschriften die voortvloeien uit toezichtwetgeving, destijds de Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1998, door Aangeslotene niet zijn nageleefd, dit onherroepelijk leidt tot vaststelling van civiele aansprakelijkheid voor Aangeslotene. Probleem is evenwel dat gezien het tijdsverloop Aangeslotene niet meer in staat is te reproduceren hoe het risicoprofiel destijds tot stand is gekomen. Aangezien de wettelijke bewaartermijn van zeven jaar reeds ruim is verstreken, kan Aangeslotene daar niet meer op worden aangesproken. Nu Consument zich beroept op de rechtsgevolgen van zijn stelling, rust in dit geval dan ook de last op Consument zijn stellingen voldoende aannemelijk te maken. Daarin is hij niet geslaagd. De vraag of Consument voor dit klachtonderdeel tijdig aan de protestplicht heeft voldaan, kan buiten beschouwing blijven.

Ad b):

- 4.8. Bij de overgang van de vermogensadviesrelatie naar de vermogensbeheerrelatie zijn de wensen, doelstellingen, risicobereidheid en het risicoprofiel van Consument opnieuw vastgesteld. Aangeslotene heeft daarbij gewezen op onder meer de vragenlijst ter vaststelling van het Beleggersprofiel, uit welke vragenlijst een profiel "Balans" voortvloeide maar waarbij Consument in afwijking daarvan heeft gekozen voor het profiel "Groei". De vragenlijst bevat onder meer vragen over beleggingsdoel, beleggingshorizon en risicoacceptatie. Het beleggingsprofiel van Consument is daarmee voldoende zorgvuldig vastgesteld. Het beleggingsdoel was om het vermogen in 11 jaar tijd van ongeveer € 110.000,- te laten groeien naar ongeveer € 285.000,-. Daarmee zou dan een deel van de hypothecaire lening in 2017 kunnen worden afgelost. Daarvoor was een jaarlijks rendement nodig van 9%. Dit benodigde rendement was voor Consument reden om in plaats van het min of meer neutrale profiel "Balans" te kiezen voor het meer offensieve profiel "Groei".
- 4.9. Naar het oordeel van de Commissie had Aangeslotene in 2006 de beheerovereenkomst niet mogen aangaan op de wijze waarop zij dat heeft gedaan. Ook in 2006 was een doelrendement van jaarlijks 9% bij een offensief profiel zodanig onzeker dat het uitsluitend als een risicovolle mogelijkheid had mogen worden gepresenteerd.

Doordat Aangeslotene uitging van dit rendement bij een offensief profiel, werd aan Consument de indruk gegeven dat zijn doel bij goed beheer te realiseren was. Consument werd er bovendien door gestimuleerd om af te wijken van zijn vastgestelde, min of meer neutrale, profiel. Een en ander zou wellicht aanvaardbaar zijn geweest als Consument, na een indringende waarschuwing, desbewust voor deze vorm van beheer en de daarmee gepaard gaande afwijking van het profiel zou hebben gekozen, maar daarvan is niet gebleken. Daarbij komt dat Consument zich het risico dat de vermogensopbouw tegen zou vallen niet kon veroorloven. Het was voor Consument immers noodzakelijk dat de lening na 17 jaar deels afgelost zou worden omdat het inkomen na pensionering van Consument aanzienlijk lager zou zijn. De kans op sterk tegenvallende opbrengsten nam toe door de keuze voor een offensiever profiel.

- 4.10. Nu Aangeslotene verwijtbaar heeft gehandeld, is de vraag of er schade uit dat handelen is voortgevloeid en, zo ja, in welke mate die schade dan dient te worden vergoed.
- 4.11. Omdat onvoldoende duidelijk was wat de uitgangspunten waren bij het aangaan van de vermogensbeheerovereenkomst, zijn partijen in de gelegenheid gesteld om na de mondelinge behandeling een akte te nemen.
- 4.12. In de brief van 30 januari 2014 heeft Consument uiteengezet wat de verwachtingen en doelstellingen waren ten aanzien van de resterende restschuld in 2017. Deze komen overeen met hetgeen Aangeslotene daarover heeft verklaard. De Commissie acht de berekening consistent en redelijk en maakt deze tot de hare.
- 4.13. De doelstelling was dat er in 2017 uiteindelijk een restschuld zou resteren van € 213.670,-. De verwachting thans echter is dat in 2017 een restschuld zal resteren van € 357.000,-, hetgeen een verschil is van € 143.330,-. Over dat bedrag bestaat tussen partijen consensus.
- 4.14. De vraag is of dat verschil van € 143.330,- schade is die voor al dan niet gedeeltelijke vergoeding door Aangeslotene in aanmerking komt. In het voorgaande is uiteengezet dat Aangeslotene verwijtbaar heeft gehandeld door een vermogensbeheer-overeenkomst aan te gaan terwijl op voorhand vastgesteld kon worden dat de uitgangspunten en doelstellingen bij het aangaan daarvan niet reëel waren en het zeer onwaarschijnlijk was dat die zouden worden behaald.
- 4.15. Gelet op het verwijt dat Aangeslotene treft, kan niet het hele verschil als schade worden aangemerkt. Ook bij een defensiever profiel zou Consument immers met een tekort zijn geconfronteerd, of zou hij hogere bedragen hebben moeten inleggen.
- 4.16. Consument draagt bovendien ook zelf verantwoordelijkheid voor de ontstane schade. Hij had voor 2006 reeds ervaren dat beleggen ook kan leiden tot lagere opbrengsten of zelfs verliezen. In die zin was hij reeds een ervaren belegger waarvan mag worden verwacht dat hij bekend is met het feit dat beleggen geen gegarandeerd rendement oplevert. Bovendien is hij daarvoor, zij het in te algemene termen, in 2006 gewaarschuwd bij het aangaan van de vermogensbeheerovereenkomst. Consument heeft zelf gekozen voor een offensiever profiel, "Groei" in plaats van "Balans" en had zich in algemene zin bewust moeten zijn van de daarmee gepaard gaande risico's. Hij heeft er daarbij voor gekozen het beheer met het gekozen profiel voort te zetten, ook toen er aanzienlijke verliezen optraden.
- 4.17. Op grond van de hiervoor genoemde omstandigheden oordeelt de Commissie dat Aangeslotene aan Consument naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid 50% dient te vergoeden van het bedrag waarmee de restschuld aan het einde van de looptijd in 2017, bij het aflossen van de lening, het bedrag van € 213.670,- overschrijdt, waarbij de vergoeding

maximaal € 71.665,- zal kunnen bedragen gezien de onder 4.13 beschreven consensus tussen partijen omtrent de in 2017 te verwachten extra restschuld van € 143.330,-.

- 4.18. De Commissie merkt op dat de schade nog niet is geleden. Deze zal zich mogelijkerwijs pas bij het aflossen van de lening in 2017 manifesteren. De Commissie bepaalt voor dat geval dat de eventueel door Aangeslotene verschuldigde vergoeding op de einddatum van de lening, bij de aflossing daarvan, met de restschuld kan worden verrekend. Bij eventuele tussentijdse aflossing dient afgewacht te worden welke schade op de einddatum in 2017 kan worden vastgesteld, tenzij partijen anders overeenkomen.

Ad c):

- 4.19. Tot slot is dit klachtonderdeel ongegrond. Dat Aangeslotene bij het verlenen van een krediet behalve de bedongen zekerheid in de vorm van hypotheek, ook als voorwaarde heeft gesteld dat er een overlijdensrisicoverzekering zou worden afgesloten, is geen ongebruikelijke voorwaarde of onredelijke eis. Consument heeft onvoldoende aangetoond dat er sprake was van koppelvekoop en dat het Consument niet vrij stond de overlijdensrisicoverzekering bij een andere partij dan Aangeslotene af te sluiten.
- 4.20. Nu Consument overwegend in het gelijk wordt gesteld, dient Aangeslotene de eigen bijdrage van € 50,- te vergoeden. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie beslist, bij bindend advies, dat Aangeslotene aan Consument dient te vergoeden:

- (a) 50% van het bedrag waarmee de restschuld aan het einde van de looptijd in 2017, bij het aflossen van de lening, een bedrag van € 213.670,- overschrijdt, waarbij de vergoeding maximaal € 71.665,- zal kunnen bedragen. Aangeslotene is bevoegd de aldus vastgestelde vergoeding te verrekenen met de restschuld;
- (b) de eigen bijdrage van € 50,-.

Het meer of anders gevorderde 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 <https://www.kifid.nl/consumenten/klacht-voor-1-oktober-2014-bij-kifid-ingediend>.