

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-045 d.d.

26 januari 2016

(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, J.C. Buiter en drs. L.B. Lauwaars RA, leden en S. van der Hoorn, secretaris)

Samenvatting

Consument vordert van Bank, Vermogensbeheerder en Tussenpersoon 2 en 3 in totaal een bedrag van € 151.944,-. Tussenpersoon 2 en 3 hebben Consument een slechte hypotheekconstructie geadviseerd onder meer doordat is geadviseerd te beleggen met geleend geld. Bank en Vermogensbeheerder hadden niet aan de hypothecaire constructie mogen meewerken en Consument voor de risico's moeten waarschuwen. De Commissie is van oordeel dat de klacht tegen Bank en Vermogensbeheerder ongegrond zijn. Zij zijn niet verantwoordelijk voor het gegeven advies en hebben hun zorgplicht niet geschonden. De klacht tegen Tussenpersoon 3 is niet-ontvankelijk omdat zij niet betrokken was bij het gegeven advies. Tussenpersoon 1 heeft aan Consument het hypotheekadvies verstrekt. Tussenpersoon 2 is eigenaar geworden van de aandelen van Tussenpersoon 1. Tussenpersoon 1 is nimmer aangesloten geweest bij het Klachteninstituut, met als gevolg dat de klachten over de adviezen van Tussenpersoon 1 niet-ontvankelijk zijn. Derhalve mag de Commissie niet oordelen over eventuele aansprakelijkheid voor de gevolgen van die adviezen, waardoor de klacht tegen Tussenpersoon 2 dat zij aansprakelijk is voor de adviezen van Tussenpersoon 1 niet-ontvankelijk is voor zover Tussenpersoon 2 *indirect* wordt aangesproken. Voor zover Tussenpersoon 2 *direct* wordt aangesproken is de vordering ongegrond, omdat de adviezen niet gegeven zijn en ook niet onder verantwoordelijkheid gegeven zijn door Tussenpersoon 2.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap Delta Lloyd Bankengroep N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Bank;

de besloten vennootschap Het Adviesforum B.V., gevestigd te Veenendaal, hierna te noemen Tussenpersoon 2;

de besloten vennootschap Deltax B.V. gevestigd te Assen, hierna te noemen Tussenpersoon 3;

de besloten vennootschap Ostrica B.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Vermogensbeheerder.

I. Procesverloop

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

- de dossiers van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de door Consument ondertekende klachtformulieren met bijlagen van 17 januari 2015;
- het verweerschrift van Bank, Tussenpersoon 2 en 3 en Vermogensbeheerder;
- de replieken van Consument;
- de dupliek van Bank, Tussenpersoon 2 en 3 en Vermogensbeheerder;
- berekening van Ostrica, door Ostrica overgelegd ter zitting;
- reactie van Consument d.d. 21 december 2015 op de berekening van Ostrica.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat Consument, Bank, Vermogensbeheerder en Tussenpersoon 3 haar advies als bindend aanvaarden. Tussenpersoon 2 heeft op het moment van aansluiten bij het Klachteninstituut verklaard de adviezen als bindend te aanvaarden. In december 2014 heeft zij het Klachteninstituut medegedeeld de adviezen als niet-bindend te accepteren.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 8 december 2015 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. In 2002 is Consument in contact gekomen met de heer M., destijds directeur van Deltax Hypotheken B.V, hierna te noemen Tussenpersoon I. Consument had op dat moment een hypothecaire geldlening, een zogenoemde SNS Spaarhypothek, lopen bij SNS Bank voor een bedrag van € 102.000,- met een maandlast van € 400,-. De executiewaarde van de woning van Consument waarop het recht van hypotheek was gevestigd bedroeg op dat moment € 300.000,-. Om de maandlasten met ongeveer € 40,- per maand terug te brengen en om de geldlening vervroegd te kunnen aflossen, heeft Consument op advies en met bemiddeling van Tussenpersoon I een nieuwe hypothecaire geldlening afgesloten, een levensverzekering en een koopsomverzekering afgesloten en een beleggingsrekening geopend. De nieuwe hypothecaire geldlening heeft Consument afgesloten bij Bank voor een bedrag van € 299.000,-, waarmee hij zijn SNS Spaarhypothek heeft afgelost. De levensverzekering (een zogenoemde “Delta Life verzekering”) heeft Consument ook bij Bank afgesloten, waarbij op de einddatum een gegarandeerd kapitaal zou worden uitgekeerd van € 77.000,-. Tot zekerheid van voldoening van de geldlening heeft Bank hierop een pandrecht verkregen. De koopsomverzekering (een zogenoemde ‘Hypotheek Opvang Polis’) heeft Consument afgesloten bij Cardif. Deze verzekering eindigt in 2027. Bij arbeidsongeschiktheid van Consument en/of zijn echtgenote keert deze verzekering maandelijks het overeengekomen bedrag uit. Op de beleggingsrekening heeft Consument in totaal een bedrag van € 181.685,- gestort, met het doel om met te behalen rendementen de hypothecaire geldlening vervroegd te kunnen aflossen. Een deel daarvan, een bedrag van € 60.000,-, is afkomstig van de hypothecaire geldlening bij Bank.

Tot zekerheid van voldoening van de geldlening heeft Consument aan Bank een pandrecht verleend op de beleggingsrekening tot een bedrag van € 60.000,-. De beleggingsrekening heeft Consument bij Vermogensbeheerder in beheer gegeven. Hiertoe hebben Consument en Vermogensbeheerder (voorheen: Palladyne Asset Management) in september 2002 een vermogensbeheerovereenkomst afgesloten.

- 2.2. Vermogensbeheerder heeft Consument ieder kwartaal een overzicht toegestuurd van de ontwikkeling van zijn vermogen op de beleggingsrekening.
- 2.3. Op 6 februari 2006 heeft Consument een overeenkomst met Vermogensbeheerder ondertekend waarbij partijen zijn overeengekomen dat Consument een bedrag van € 927,- per maand aan de beleggingsrekening onttrekt en dat hij akkoord gaat met het onttrekkingschema dat Vermogensbeheerder heeft opgesteld.
- 2.4. In 2006 heeft Consument op advies en met bemiddeling van Tussenpersoon 1 een nieuwe hypothecaire geldlening afgesloten voor een bedrag van € 309.000,- bij Reaal. Consument heeft de volledige hypothecaire geldlening bij Bank afgelost en de Delta Life verzekering beëindigd.
- 2.5. In mei 2007 is Tussenpersoon 1 overgenomen door Tussenpersoon 2. Hiertoe hebben de heer R., directeur van Tussenpersoon 2, en de heer M. een raamovereenkomst gesloten. Hierin staat onder meer:

“(…)

In aanmerking nemende

(…)

(1) een overeenkomst waarbij de aandelen in dochtermaatschappijen Deltax Hypotheke B.V. en Deltax Nederland B.V. door [X] worden verkocht aan Adviesforum. (...)”

- 2.6. In de notariële akte van 15 juni 2007 van de overname van Tussenpersoon 1 door Tussenpersoon 2 staat onder meer:

“(…)

(…) **[X]** (...) hierna te noemen : “verkoopster”; (...)

(…) **Het Advies Forum B.V.** (...) hierna te noemen: “koopster”.

Overeenkomst

Verkoopster heeft blijkens een met de koopster aangegane raamovereenkomst, gedateerd vijftien mei tweeduizend zeven, de klantenportefeuille van genoemde besloten vennootschappen: DELTAX Nederland B.V. en DELTAX Hypotheken B.V. op het gebied van verzekering en bemiddeling bij woninghypotheken alsmede de aandelen in laatstgenoemde vennootschappen aan koopster verkocht, aan welke overeenkomst de verkoopster en koopster thans uitvoering willen geven. (...)”

Voorts is in de akte vermeld dat de heer M. eervol ontslag wordt verleend en dat “koopster” hem kwijting en décharge verleent en dat tot directeur van Tussenpersoon 1 wordt benoemd Tussenpersoon 2. Tevens is de naam “Deltax” door “verkoopster” aan zich gehouden, waardoor Tussenpersoon 1 van naam gewijzigd is.

- 2.7. In 2008 heeft de heer M. Tussenpersoon 3 opgericht.
- 2.8. Begin 2009 heeft Consument weer contact opgenomen met de heer M., die toen werkzaam was voor Tussenpersoon 3. De hypothecaire constructie van Consument is ongewijzigd gebleven.
- 2.9. Op 17 mei 2010 heeft Bank aan Vermogensbeheerder doorgegeven dat de hypothecaire geldlening van Consument is afgelost. Vervolgens is het pandrecht dat op de beleggingsrekening was gevestigd doorgehaald.

- 2.10. Consument heeft in de periode van 2002 tot en met 2012 in totaal ongeveer een bedrag van € 27.000,- aan de beleggingsrekening onttrokken. Vermogensbeheerder heeft Consument bij brieven van 3 februari 2006, 7 februari 2006, 13 april 2006, 5 mei 2006, 11 december 2007, 11 januari 2008, 21 december 2011, 4 januari 2012, 16 februari 2012 gewezen op de risico's van het onttrekken van gelden van de beleggingsrekening en zij heeft bij deze brieven een overzicht gevoegd van de gevolgen van de onttrekkingen op de ontwikkeling van de waarde van het vermogen.
- 2.11. In 2012 bedroegen de maandlasten van Consument € 800,- en er stond een bedrag op de beleggingsrekening van € 67.000,-.
- 2.12. In april 2012 heeft Consument de vermogensbeheerrelatie met Vermogensbeheerder beëindigd. De gelden op de beleggingsrekening heeft Consument ondergebracht bij Perlas, een label van Vermogensbeheerder. Bij Perlas is voor een execution only dienst gekozen.
- 2.13. Tussenpersoon 1 is door toedoen van de heer R. en Tussenpersoon 2 in 2014 ontbonden.

3. De vordering en grondslagen

- 3.1. Consument vordert van Bank, Vermogensbeheerder en Tussenpersoon 2 en 3 in totaal een bedrag van € 151.944,-.
- 3.2. Deze vordering steunt kort en zakelijk op de volgende grondslagen:

Bank

Bank heeft Consument onvoldoende geïnformeerd over de eigenschappen van de hypothecaire geldlening en onvoldoende gewaarschuwd voor de risico's die beleggen met geleend geld meebrengen.

Tussenpersoon 3

De heer M. heeft een onjuist advies gegeven. De heer M. was eerst werkzaam voor Tussenpersoon 1, welke echter is overgedragen aan Tussenpersoon 2, en later voor Tussenpersoon 3. Tussenpersoon 1 en Tussenpersoon 3 hebben niet gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur betaamt, omdat:

- zij Consument niet hebben gewaarschuwd voor de risico's van de geadviseerde hypotheekconstructie;
- de maandlasten van Consument door het opvolgen van het advies zijn gestegen in plaats van gedaald;
- zij het advies aan Consument hebben opgedrongen;
- zij hun toezeggingen niet zijn nagekomen, waaronder de hoogte van de voorgespiegelde rendementen op de beleggingsrekening en het dalen van de maandlasten;
- zij niet (adequaat) hebben gereageerd op de door Consument geuite bezorgdheid over de waardeontwikkeling van de beleggingsrekening.

Tussenpersoon 2

Tussenpersoon 2 is de rechtsopvolger van Tussenpersoon 1, waardoor Tussenpersoon 2 (mede)verantwoordelijk is voor de adviezen die de heer M. heeft gegeven.

Vermogensbeheerder

Vermogensbeheerder is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de vermogensbeheerrelatie, omdat zij Consument onvoldoende heeft gewezen op:

- de aan de door haar aangeboden diensten verbonden risico's;
- de risico's van het doen van onttrekkingen aan het vermogen op de beleggingsrekening.

3.3. Op de stellingen die Bank, Vermogensbeheerder en Tussenpersoon 2 en 3 tot verweer hebben opgeworpen, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

4.1. Op ieder van de in de procedure betrokken partijen rustte ten tijde van de totstandkoming van en de looptijd van de overeenkomsten met Consument verschillende verplichtingen. De Commissie beoordeelt per partij of tegen hen gerichte klachten worden toegewezen.

Bank

4.2. Primair stelt Bank dat de vordering van Consument is verjaard op grond van artikel 3:310 van het Burgerlijk Wetboek, omdat er meer dan vijf jaar is verstreken tussen het moment waarop Consument de hypothecaire geldlening bij Bank heeft afgelost, 2 juni 2006, en het moment waarop Consument zich over de hypothecaire geldlening heeft beklagd, 7 november 2012. Subsidiair stelt Bank dat de verstrekte hypothecaire geldlening voldeed aan de wettelijke vereisten en dat zij Consument niet behoefde te informeren over de bijzondere risico's van beleggen met geleend geld.

4.3. De Commissie is van oordeel dat niet is gebleken dat Bank jegens Consument is tekortgeschoten in haar verplichtingen. Bank was ten tijde van het afsluiten van de hypothecaire lening slechts gehouden om de aangevraagde financiering van Consument marginaal te toetsen om te voorkomen dat er sprake zou zijn van overkreditering en op het verschaffen van juiste informatie over de aangevraagde constructie. (Vergelijk Commissie van Beroep Kifid 2010-II d.d. 14 oktober 2010.) Van overkreditering was geen sprake en bij het afsluiten van de hypothecaire geldlening was het Consument duidelijk dat een deel van de geldlening werd aangewend voor de beleggingsrekening. Consument was derhalve op de hoogte van de hypothecaire constructie waarbij wordt belegd met geleend geld. Bank kan niet verantwoordelijk worden gehouden voor het door Tussenpersoon I aan Consument verstrekte advies. Bank heeft Consument niet geadviseerd en Bank mocht er in beginsel van uitgaan dat de adviseur met Consument de eigenschappen van de aangevraagde hypothecaire constructie met de daaraan verbonden risico's heeft besproken. Derhalve is niet gebleken dat Bank is tekortgeschoten door de aangevraagde hypothecaire constructie aan Consument te verstrekken.

4.4. Gelet op het hiervoor overwogene komt de Commissie niet toe aan beoordeling van het primaire verweer van Bank dat de vordering van Consument jegens haar verjaard is.

Tussenpersoon 1

- 4.5. Consument heeft zijn klacht niet gericht tot Tussenpersoon 1 en Tussenpersoon 1 is derhalve geen procespartij. Echter, de klachten van Consument zien wel op de adviezen die zijn gegeven door Tussenpersoon 1. Ten overvloede merkt de Commissie hieromtrent het volgende op. In het Reglement staat dat de Commissie alleen kan oordelen over klachten die zijn gericht tegen Aangeslotenen. In artikel 1 van het Reglement staat dat een Aangeslotene een in het Register ingeschreven financiële instelling is. De Commissie is gehouden ambtshalve te toetsen of een financieel dienstverlener waartegen de klacht is gericht of die bij de klacht betrokken is, bij het Klachteninstituut is aangesloten (geweest).
- 4.6. Uit het Register blijkt dat Tussenpersoon 1 nimmer bij het Klachteninstituut aangesloten is geweest. Dit betekent dat de Commissie niet kan oordelen over de handelwijze van Tussenpersoon 1.

Tussenpersoon 2

- 4.7. Tussenpersoon 2 stelt zich primair op het standpunt dat de klacht van Consument niet-ontvankelijk is, omdat Consument zijn klacht richt tegen de heer M. en zij, juridisch gezien, niet verantwoordelijk is voor adviezen die zijn gegeven door de heer M., dan wel Tussenpersoon 1. Tussenpersoon 2 heeft weliswaar de aandelen in Tussenpersoon 1 overgenomen en heeft de klantenportefeuille van Tussenpersoon 1 gekocht, waarvan de portefeuille van Consument deel uit maakte, maar dat impliceert geen verantwoordelijkheid voor eerder gegeven adviezen. Subsidiair stelt Tussenpersoon 2 dat Consument zijn klacht richt tegen de heer M. en de klacht van Consument tegen Tussenpersoon 2 onduidelijk is.
- 4.8. Alvorens de klacht tegen Tussenpersoon 2 inhoudelijk te kunnen behandelen, dient de Commissie zich uit te spreken over de vraag of haar advies een bindend of niet-bindend karakter zal dragen. Tussenpersoon 2 heeft in december 2014 aan het Klachteninstituut medegedeeld een eventueel advies van de Commissie als niet- bindend te accepteren. Dit terwijl zij zich bij haar aansluiting bij het Klachteninstituut heeft geconformeerd aan een bindend advies.
- 4.9. De Commissie overweegt als volgt. Op 5 april 2013 heeft Consument het tussen partijen gerezen geschil voorgelegd aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening van het Klachteninstituut. Op dat moment stond in het Openbare Register van het Klachteninstituut vermeld dat Tussenpersoon 2 zich aan een bindend advies van de Commissie zou conformeren. De Commissie is van oordeel dat Consument op het moment dat hij zijn klacht bij de Ombudsman Financiële Dienstverlening van het Klachteninstituut had ingediend, mocht verwachten dat de inhoud van dit register nog steeds zou gelden op het moment dat hij zijn klacht zou indienen bij de Commissie. Wanneer aangeslotenen hun aansluiting tijdens de procedure bij het Klachteninstituut vrijblijvend kunnen wijzigen, zou dit ten koste gaan van de rechtszekerheid voor consumenten. Als Consument namelijk van meet af aan op de hoogte was geweest van de keuze van Tussenpersoon 2 voor een niet-bindende aansluiting, had hij wellicht voor een andere rechtsgang gekozen. Dit brengt mee dat het advies van de Commissie een bindend karakter zal dragen.
- 4.10. Gezien het voorgaande zal de Commissie overgaan tot inhoudelijke beoordeling van de klacht tegen Tussenpersoon 2. Tussenpersoon 2 kan niet *direct* worden aangesproken voor de adviezen waarover Consument zich heeft beklagd. De adviezen zijn immers niet gegeven door Tussenpersoon 2 en ook niet onder de verantwoordelijkheid van Tussenpersoon 2. Voor zover Tussenpersoon 2 *direct* wordt aangesproken is de vordering ongegrond.

Tussenpersoon 2 kan als eigenaar van de aandelen in Tussenpersoon 1, de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de adviezen aan Consument, wel *indirect* worden aangesproken voor de gevolgen van de adviezen die door Tussenpersoon 1 aan Consument zijn verstrekt. Echter, zoals overwogen in r.o. 4.6 is Tussenpersoon 1 nimmer aangesloten geweest met als gevolg dat de klachten over de adviezen van Tussenpersoon 1 niet-ontvankelijk zijn. Derhalve mag de Commissie niet oordelen over eventuele aansprakelijkheid voor de gevolgen van die adviezen, waardoor de klacht tegen Tussenpersoon 2 dat zij aansprakelijk is voor de adviezen van Tussenpersoon 1 niet-ontvankelijk is voor zover Tussenpersoon 2 *indirect* wordt aangesproken.

Tussenpersoon 3

- 4.11. Tussenpersoon 3 stelt zich op het standpunt dat de klacht van Consument niet-ontvankelijk is, omdat zij niet betrokken was bij het advies aan Consument. Tussenpersoon 3 bestond nog niet toen het advies werd gegeven en Tussenpersoon 3 is ook een heel andere entiteit dan Tussenpersoon 1.
- 4.12. De Commissie volgt Tussenpersoon 3 in deze stelling aangezien vaststaat dat Tussenpersoon 3 eerst in 2008, dus lang na het verstrekken van het advies is opgericht.

Vermogensbeheerder

- 4.13. Van Vermogensbeheerder mocht worden verwacht dat zij Consument uitdrukkelijk wijst op de gevolgen en risico's van het onttrekken van gelden van de beleggingsrekening en Consument regelmatig inzicht geeft in de waardeontwikkeling van zijn beleggingsrekening. De Commissie volgt Vermogensbeheerder in haar stelling dat zij aan haar verplichtingen jegens Consument heeft voldaan door hem na ieder verzoek om gelden van zijn beleggingsrekening te onttrekken in duidelijke bewoordingen te waarschuwen voor de risico's van het onttrekken van gelden van de beleggingsrekening en dat zij Consument voldoende inzicht heeft gegeven in de waardeontwikkeling van zijn portefeuille door hem ieder kwartaal een overzicht van de waardeontwikkeling toe te sturen. Vermogensbeheerder heeft Consument niet geadviseerd en zij kan derhalve niet voor het advies verantwoordelijk worden gehouden. Vermogensbeheerder heeft haar eerdere aanbod tot betaling van € 10.000,-, dat Consument niet heeft geaccepteerd, ingetrokken.
- 4.14. De Commissie stelt derhalve vast dat de vordering tegen Tussenpersoon 2 niet-ontvankelijk dan wel ongegrond is, de vordering tegen Tussenpersoon 3 niet-ontvankelijk is en de vorderingen tegen Bank en Vermogensbeheerder ongegrond zijn.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

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>.