

**Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-244
d.d. 13 april 2017**

**(mr. C.E. du Perron, voorzitter, mr. A.P. Luitingh en mr. J.W.H. Offerhaus, leden,
terwijl mr. F. Faes als secretaris)**

Samenvatting

Klacht tegen de tussenpersoon. Consumenten vorderen van de bank, de vermogensbeheerder en de tussenpersoon vergoeding van de door hen geleden schade. De tussenpersoon heeft Consumenten een slechte hypotheekconstructie geadviseerd doordat is geadviseerd te beleggen met geleend geld. De bank had niet aan de hypothecaire constructie mogen meewerken en Consumenten voor de risico's moeten waarschuwen. De Commissie is van oordeel dat de klacht tegen de tussenpersoon gegrond is. Zij had Consumenten deze risicovolle constructie niet mogen adviseren, omdat zij niet in staat waren tegenvallers op te vangen. Wel is er sprake van eigen schuld. De vordering wordt deels toegewezen.

Consumenten,

tegen

de besloten vennootschap Van Wieren Adviseurs B.V., gevestigd te Drogeham, hierna te noemen Van Wieren.

1. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting van Consumenten, ontvangen op 20 februari 2014;
- het verweerschrift van Van Wieren;
- de repliek van Consumenten;
- de dupliek van Van Wieren.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Van Wieren Adviseurs B.V. aanvaardt het advies van de Commissie niet als bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 19 december 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. Consumenten zijn beiden geboren in 1931. Zij zijn in 1996 gestopt met hun boerenbedrijf. Hun zoon heeft het bedrijf overgenomen.
- 3.2. In het najaar van 1999 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen Consumenten en de rechtsvoorganger van Van Wieren, Zuidema Assurantiën B.V. (hierna: Zuidema). Zuidema heeft op 17 november 1999 een voorstel voor de “*Vermogen Optimaal Hypotheek*” uitgebracht. Het voorstel houdt – kort gezegd – in dat Consumenten een hypothecaire geldlening afsluiten op hun onbezwaarde woning. Met het vrijgekomen bedrag wordt belegd. Met de (dividend)opbrengst van deze beleggingen zou onder meer de hypotheekrente worden voldaan.
- 3.3. Consumenten hebben ingestemd met het voorstel, waarna Zuidema een offerte voor een hypothecaire aflossingsvrije geldlening bij Friesland Bank N.V. (hierna: Friesland Bank) en een beleggingsrekening bij Insinger heeft aangevraagd.
- 3.4. Na ondertekening van de hypotheekofferte door Consumenten, heeft Friesland Bank op 4 april 2000 een hypothecaire geldlening voor een bedrag van f 310.000,- (€ 140.671,80) aan Consumenten verstrekt. Een gedeelte van de geldlening (f 275.000,- (€ 124.789,50)) is door Consumenten gestort op de beleggingsrekening bij Insinger en is belegd in een aantal fondsen van Insinger.
- 3.5. In 2001 heeft Insinger Consumenten geïnformeerd over een wijziging in het beleggingsbeleid van het Insinger Euro Optimaal fonds. Als gevolg van deze wijziging heeft Insinger een nieuwe verdeling van de fondsen voorgesteld. Consumenten hebben schriftelijk ingestemd met deze nieuwe verdeling en schriftelijk opdracht gegeven voor een switch. De portefeuille keerde geen dividend uit, omdat dit werd herbelegd.
- 3.6. In 2001 heeft Friesland Bank contact opgenomen met Consumenten vanwege een debetstand op de incassorekening en heeft er een gesprek plaatsgevonden. Op 7 november 2001 heeft Friesland Bank op verzoek van Consumenten een alternatief beleggingsvoorstel uitgebracht. Consumenten hebben het voorstel niet aanvaard.
- 3.7. Ook in juli 2003 en april 2004 heeft Friesland Bank een alternatief beleggingsvoorstel gedaan. Consumenten hebben besloten om het beleggingsvoorstel van april 2004 te accepteren. Daarop is de beleggingsrekening bij Insinger in april 2004 beëindigd en is de portefeuille verkocht. De opbrengst is overgeboekt naar Friesland Bank. Consumenten en Friesland Bank hebben in het kader hiervan op 26 april 2004 een overeenkomst tot effectenbemiddeling gesloten (adviesrelatie). Bij Friesland Bank zijn Consumenten op basis van een defensief profiel gaan beleggen.

- 3.8. Op 15 april 2004 hebben Consumenten een additioneel bedrag van € 42.564 op de beleggingsrekening bij Friesland Bank gestort. Dit bedrag was afkomstig uit de verkoop van melkquotum. Tevens hebben zij in totaal een bedrag van € 28.067,- afgelost op de geldlening. In 2006 en 2008 hebben Consumenten een totaalbedrag van € 31.859 onttrokken aan de beleggingen ter ondersteuning van hun kinderen. Op 26 september 2007 heeft Friesland Bank een aanvullend hypothecair krediet in rekening-courant van € 25.000,- aan Consumenten verstrekt. De limiet van dit krediet wordt in 2012 bereikt.
- 3.9. Eind 2012 hebben Consumenten advies ingewonnen over de door hen in het verleden afgesloten producten en de tegenvallende resultaten hiervan. Bij brief van 4 februari 2013 hebben Consumenten zich bij Insinger, Van Wieren en Friesland Bank beklaagd over de schending van de op deze partijen rustende zorgplicht.
- 3.10. Op 30 november 2013 hebben Consumenten ongeveer de helft van de beleggingsportefeuille bij Friesland Bank geliquideerd. De opbrengst is gebruikt ter aflossing op de geldlening.
- 3.11. Consumenten hebben Insinger, Van Wieren en Friesland Bank hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de door hen geleden schade. De klacht tegen Friesland Bank en Insinger is ook door de Commissie in behandeling genomen.

4. De vordering en grondslagen

- 4.1. Consumenten vorderen dat Van Wieren (samen met Friesland Bank en, voor een deel, Insinger hoofdelijk) wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hen geleden schade, zijnde een bedrag van ten minste € 95.990 (waarvan € 45.969,- beleggingschade), te vermeerderen met de schade die zij na het opstellen van de schadeberekening nog hebben geleden en zullen lijden. Dit komt volgens Consumenten neer op het terugdraaien van de hypothecaire lening.
- 4.2. Aan deze vordering leggen Consumenten ten grondslag dat Zuidema haar zorgplicht jegens Consumenten heeft geschonden. In het bijzonder stellen Consumenten samengevat:
- Consumenten zijn door de adviseur Zuidema over de streep getrokken in een voor hen veel te risicovolle constructie.
 - Consumenten hadden geen kennis van of ervaring met beleggen. Er heeft geen risico-inventarisatie plaatsgevonden.
 - De rente voor de geldlening konden Consumenten uit hun inkomen niet opbrengen. Zij hadden geen buffer tegen koersverliezen. Om de rente te kunnen betalen moesten doorlopend beleggingen worden verkocht.
 - De constructie had vanuit klantbelang niet mogen worden geadviseerd.
- 4.3. Op de stellingen die Van Wieren aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

Verjaring 3:310 BW en klachtplicht 6:89 BW

- 5.1. De Commissie zal allereerst beoordelen of de vordering van Consumenten te laat is ingesteld, zoals Van Wieren heeft aangevoerd.
- 5.2. Van Wieren heeft in de eerste plaats betoogd dat de vordering van Consumenten is verjaard op grond van artikel 3:310 lid 1 Burgerlijk Wetboek (“BW”). Consumenten hebben Van Wieren voor het eerst op 4 februari 2013 aansprakelijk gesteld, terwijl Consumenten in 2001, maar toch zeker in 2004 bekend waren met (het ontstaan van) de schade en met de personen die zij mogelijk aansprakelijk konden stellen. De verjaring was dus ruim voor het instellen van de vordering al voltooid. Consumenten wisten in 2001 dat het potje voor de betaling van de hypotheekrente leeg was. Er zijn in die tijd ook betalingsachterstanden geweest. Consumenten hebben in een gesprek met Friesland Bank laten weten dat zij ontevreden waren met de situatie. Zeker in 2004 waren zij bekend met de feiten die zij aan hun vordering ten grondslag leggen. Voor zover Consumenten twijfelden, hadden zij een deskundige kunnen inschakelen.
- 5.3. Van Wieren voert op dezelfde feiten als die zij aan haar beroep op verjaring ten grondslag heeft gelegd voorts aan dat Consumenten niet binnen bekwame tijd hebben geklaagd, zoals is vereist op grond van artikel 6:89 BW. Als gevolg van dit late klagen is zij ernstig geschaad in haar belangen.
- 5.4. Bij de beoordeling van het beroep op verjaring stelt de Commissie het volgende voorop. Artikel 3:310 lid 1 BW bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon moet aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat. De verjaringstermijn begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Het antwoord op de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen, is afhankelijk van alle ter zake dienende omstandigheden (HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3240, NJ 2015/207).
- 5.5. Uit de stellingen van Van Wieren volgt niet dat Consumenten op een relevant moment gelegen voor 2013 bekend zijn geworden met de schade en met de aansprakelijke persoon in de zin van artikel 3:310 BW. Daarbij is van belang dat het in deze zaak gaat om kwetsbare en niet ter zake kundige consumenten die op advies van een financiële tussenpersoon in een risicovolle financiële constructie zijn gestapt, waarbij sprake was van beleggen met geleend geld en waarbij bij de uitvoering diverse financiële ondernemingen waren betrokken. Weliswaar werden Consumenten al in 2001 geconfronteerd met beleggingsverliezen, waardoor aan hen duidelijk kon zijn dat de constructie niet werkte zoals gehoopt, maar

Consumenten konden daaruit nog niet afleiden dat een en ander mogelijk het gevolg was van een schending van de zorgplicht door een of meer van de betrokken financiële partijen. Niet gebleken is dat Consumenten door een van die partijen op deze mogelijkheid zijn geweest of dat er anderszins aanleiding voor hen was om te veronderstellen dat sprake was van een schending van de zorgplicht. Dat Consumenten hebben gesteld dat zij uit onwetendheid en schaamte niet over de zaak durfden te spreken, is hiermee niet in strijd, maar bevestigt veeleer dat Consumenten dachten dat de gang van zaken aan henzelf te wijten was. Daarbij past ook de stelling van Consumenten dat zij zich pas tot een deskundige hebben gewend nadat hun zoon in 2012 op de hoogte kwam van hun financiële problemen.

- 5.6. Wat het beroep op de klachtplicht betreft, dient het volgende tot uitgangspunt. 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. De Hoge Raad heeft in arresten van 8 februari 2013 overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 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 artikel 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 artikel 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.
- 5.7. Ten aanzien van de vraag of er voor Consumenten voor begin 2013 aanleiding was te protesteren, geldt hetgeen hiervoor ten aanzien van het beroep op verjaring is overwogen. Voorts geldt het volgende.
- 5.8. Van Wieren heeft aan haar stelling dat zij nadeel heeft ondervonden door het tijdsverloop in de eerste plaats ten grondslag gelegd dat zij het bedrijf van Zuidema in 2002 heeft overgenomen. Als Consumenten eerder zouden hebben geklaagd, zou Van Wieren niet met deze kwestie zijn geconfronteerd. In de tweede plaats heeft zij zich beroepen op bewijsproblemen en in de derde plaats op de onmogelijkheid om schadebeperkend op te treden.
- 5.9. Voor zover er door het tijdsverloop sprake is van bewijsproblemen, zal daarmee in het navolgende rekening worden gehouden. Datzelfde geldt voor de eventuele mogelijkheid tot schadebeperking. Die kan zo nodig in het kader van de eigen schuld van Consumenten worden verdisconteerd.

Wat de overdracht van de onderneming van Zuidema aan Van Wieren betreft, begrijpt de Commissie dat het voor Van Wieren vervelend is dat zij wordt geconfronteerd met de gevolgen van een advies dat zij niet zelf heeft gegeven. Dat is echter in beginsel het risico van degene die een onderneming overneemt. In het licht van hetgeen hiervoor is overwogen over het besef bij Consumenten dat er sprake was van een mogelijke zorgplichtschending, en van het beperkte tijdverloop tussen het advies, het moment dat in 2001 de eerste problemen ontstonden, en de overname in 2002, ziet de Commissie geen aanleiding tot een andere risicoverdeling te komen. Het beroep van Van Wieren op artikel 6:89 BW faalt derhalve.

- 5.10. Het voorgaande betekent dat het beroep op artikel 3:310 BW en artikel 6:89 BW wordt afgewezen.

Inhoudelijke beoordeling

- 5.11. Vaststaat dat Consumenten door bemiddeling en op advies van Zuidema een aflossingsvrije hypothecaire geldlening bij Friesland Bank hebben afgesloten om met de daarmee verkregen gelden te gaan beleggen.
- 5.12. Partijen verschillen van mening over de vraag op wiens initiatief het advies destijds is totstandgekomen. Dat kan echter in het midden blijven. De Commissie is van oordeel dat – ook naar de maatstaven van destijds – een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur het advies niet had mogen geven. Doorslaggevend daarbij is dat Consumenten in de voorgestelde constructie afhankelijk waren van ontwikkelingen op de beurs waarvan een professionele adviseur had moeten beseffen dat deze altijd onzeker zijn, en dat zij niet het inkomen of het vermogen hadden om eventuele tegenvallers op te vangen. Anders dan Consumenten hebben aangevoerd, was daarbij niet het probleem dat beleggingen moesten worden verkocht om de rente te kunnen betalen. Die verkopen waren op zich in het advies voorzien. Het probleem was dat Consumenten bij een tegenvallende waardeontwikkeling zouden gaan interen op het oorspronkelijk belegde vermogen, waardoor de mogelijkheid daaruit in de toekomst renteverplichtingen te voldoen werd verminderd, met een verdere noodzaak tot interen als gevolg. Hierdoor bestond een aanzienlijk risico dat Consumenten met betalingsproblemen en een restschuld – en mogelijk de noodzaak tot verkoop van hun woning – zouden worden geconfronteerd.
- 5.13. Ook indien het initiatief om tot het advies te komen niet van Zuidema is uitgegaan maar van Consumenten, had Zuidema het advies niet in deze vorm mogen geven. Hij had Consumenten in dat geval nadrukkelijk voor de specifieke risico's van de constructie in hun omstandigheden moeten waarschuwen, en zich ervan moeten vergewissen dat Consumenten de constructie desondanks wensten. Niet gebleken is dat Zuidema dit heeft gedaan. De Commissie acht aannemelijk dat Consumenten, indien Zuidema hen adequaat zou hebben gewaarschuwd en voorgelicht, van de constructie zouden hebben afgezien.
- 5.14. Consumenten hebben echter ook eigen schuld. Voor zover zij niet al op de hoogte waren van de in het algemeen aan beleggen verbonden risico's, zijn zij daarop in het advies geweest. Zij hebben zelf besloten het advies op te volgen. Toen Consumenten vervolgens herhaaldelijk met de nadelige effecten van de constructie werden geconfronteerd, hebben zij niet aangedrongen op beëindiging daarvan.

Dat dit aan hen niet in volle omvang verwijtbaar is, blijkt uit hetgeen hier voor in het kader van het beroep op verjaring en de protestplicht is overwogen.

- 5.15. De Commissie zal de schade dan ook ex aequo et bono schatten en verdelen over beide partijen. De Commissie neemt daarbij onder meer in aanmerking dat Van Wieren Consumenten onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de risico's van onderhavige financieringsconstructie. Verder heeft de Commissie laten meewegen dat Van Wieren, die in deze als ter zake deskundige dient te worden beschouwd, een grotere verantwoordelijkheid voor de schade heeft dan Consumenten. Op grond van het voorgaande oordeelt de Commissie naar redelijkheid dat Van Wieren is gehouden om een bedrag van € 70.000,- aan Consumenten te voldoen.
- 5.16. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.
- 5.17. De Commissie tekent aan dat het in de verwante zaak tegen Friesland Bank eveneens schadevergoeding heeft toegekend, zij het tot een lager bedrag. Tot dit lagere bedrag zijn de beide veroordelingen hoofdelijk. Dat betekent dat de bedragen niet bij elkaar kunnen worden opgeteld.

6. Beslissing

De Commissie beslist dat Van Wieren binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consumenten € 70.000,- zal vergoeden en wijst het meer of anders gevorderde 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/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld>