

**Uitspraak geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-245 d.d.
13 april 2017**

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

Samenvatting

Klacht tegen de bank. 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 bank gegrond is. Zij heeft haar zorgplicht geschonden door onvoldoende rekening te houden met het onvermogen van Consumenten om tegenvallers op te vangen. Er is sprake van overkreditering. Wel hebben Consumenten eigen schuld. De vordering wordt deels toegewezen.

Consumenten,

tegen

de naamloze vennootschap Friesland Bank N.V., gevestigd te Leeuwarden, hierna te noemen Friesland Bank.

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 Friesland Bank;
- de repliek van Consumenten;
- de dupliek van Friesland Bank;
- de pleitnota van Friesland Bank.

2. Overwegingen

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 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 (hierna: 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 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 Van Wieren en Insinger is ook door de Commissie in behandeling genomen.

4. De vordering en grondslagen

- 4.1. Consumenten vorderen dat Friesland Bank (samen met Van Wieren en 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 Friesland Bank haar zorgplicht jegens Consumenten heeft geschonden. In het bijzonder stellen Consumenten samengevat:
- Er heeft geen risico-inventarisatie plaatsgevonden. De geldlening had vanuit klantbelang niet mogen worden geadviseerd. Friesland Bank heeft geen rekening gehouden met de wensen van Consumenten, hun financiële positie, hun positie als pensioengerechtigden, hun kennis en ervaring met beleggen en hun risicobereidheid. Consumenten hadden geen enkele kennis van of ervaring met beleggen.
 - Het bedrag van de geldlening is ruim 9x het gezamenlijke inkomen van Consumenten. De hypotheekrente bedraagt 50% van hun gezamenlijke inkomen. Friesland Bank heeft een veel te ruime verstrekkingnorm gehanteerd. In het bijzonder heeft zij ten onrechte het inkomen meegerekend uit de beleggingen die met de lening zouden moeten worden aangekocht. Friesland Bank is er ten onrechte van uitgegaan dat Consumenten beschikten over vrij belegbaar vermogen. Dit vermogen zat in de woning en is ten onrechte meegenomen in de berekening voor de bepaling van de maximale financieringslast en de hoogte van de woonquote. Daarnaast heeft Friesland Bank zogenaamd een NHG-norm gehanteerd die de NHG zelf niet kent; zij heeft een percentage gehanteerd voor het bepalen van inkomsten uit vrij belegbaar vermogen dat afgeleid is van een percentage dat de NHG voor geheel andere doeleinden gebruikt.

- Consumenten konden de hypotheekrente niet uit hun inkomen voldoen en waren voor de betaling daarvan afhankelijk van de opbrengsten uit de beleggingen. Ze hebben daarom diverse keren beleggingen moeten verkopen.
- Dat de constructie te risicovol was voor Consumenten, bleek de Friesland Bank ook in 2001 en 2004. De Friesland Bank heeft Consumenten in 2001 geadviseerd met beleggen door te gaan bij Insinger, omdat daar naar een hoger rendement gestreefd kon worden dan mogelijk was volgens het bij Friesland Bank geldende defensieve profiel. Toen Consumenten in 2004 voor hun beleggingen naar de Friesland Bank overstapten, werd weer geconstateerd dat zij een defensief risicoprofiel hadden.

4.3. Op de stellingen die Friesland Bank 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 Friesland Bank heeft aangevoerd.
- 5.2. Friesland Bank heeft in de eerste plaats betoogd dat de vordering van Consumenten is verjaard op grond van artikel 3:310 lid I Burgerlijk Wetboek ("BW"). Friesland Bank meent dat, nu Consumenten voor het eerst op 4 februari 2013 Friesland Bank aansprakelijk hebben gesteld terwijl Consumenten in 2001, maar toch zeker in 2004 dan wel in 2007 bekend waren met (het ontstaan van) de schade, de verjaring ruim voor het instellen van de vordering al was voltooid. Consumenten droegen reeds in 2001, ter gelegenheid van het gesprek met Friesland Bank, kennis van de ontwikkeling van hun effectenportefeuille en de gevolgen daarvan voor de betaalbaarheid van de rente op de hypothecaire lening. Indien van bekendheid in 2001 geen sprake zou zijn, dan toch in ieder geval in 2004 ter gelegenheid van de overname van de effectenportefeuille door Friesland Bank, dan wel in 2007 ter gelegenheid van de verstrekking van het aanvullend krediet. Bij deze laatste gelegenheid zijn Consumenten uitdrukkelijk gewaarschuwd dat conform de destijds geldende normen de lasten niet uit het inkomen konden worden voldaan, en wat daarvan de gevolgen zouden kunnen zijn.
- 5.3. Friesland Bank 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 Friesland Bank 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 I 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 Friesland Bank 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 gewezen 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. Daarbij komt dat Friesland Bank haar stelling dat zij nadeel heeft ondervonden door het tijdsverloop onvoldoende heeft onderbouwd. Het beroep van Friesland Bank op artikel 6:89 BW faalt derhalve.
- 5.8. Het voorgaande betekent dat het beroep op artikel 3:310 BW en artikel 6:89 BW wordt afgewezen. Ook het ontvankelijkheidsverweer van Friesland Bank stuit op het voorgaande af.

Inhoudelijke beoordeling

- 5.9. Vaststaat dat Consumenten via een door hen ingeschakelde tussenpersoon (Zuidema, thans Van Wieren) een aflossingsvrije hypothecaire geldlening bij Friesland Bank hebben afgesloten. Friesland Bank heeft op basis van de door Zuidema aangeleverde gegevens de hypotheekofferte opgesteld.
- 5.10. Consumenten stellen zich op het standpunt dat Friesland Bank hen had dienen te adviseren c.q. waarschuwen ten aanzien van de aan de hypotheekconstructie verbonden risico's. De Commissie overweegt als volgt. Het wezenlijke kenmerk van een advies is dat sprake is van een aanbeveling met betrekking tot een specifiek financieel product, gericht aan een bepaalde consument. Hoewel de exacte inhoud van de destijds gevoerde adviesgesprekken niet gereconstrueerd kan worden, staat niet ter discussie dat het (hypotheek)advies door Zuidema is verstrekt. Zuidema heeft in dit kader de rol van bemiddelaar, tevens adviseur, vervuld. Na bemiddeling heeft Friesland Bank vervolgens als hypotheccair financier een voorstel aan Consumenten gedaan, dat zij als wederpartij hebben aanvaard. Omdat Friesland Bank, zoals ook door haar betoogd, slechts aanbieder is geweest in deze, was zij ten tijde van het afsluiten van de hypothecaire geldlening slechts gehouden tot het toetsen van de aangevraagde financiering van Consumenten om te voorkomen dat er sprake zou zijn van overkreditering, en tot het verschaffen van juiste informatie over de aangevraagde financiering.
- 5.11. De Commissie dient te beoordelen of er sprake is geweest van overkreditering. Hierbij moet worden uitgegaan van de feiten, de wet- en regelgeving en inzichten ten tijde van de verstrekking van de geldlening aan Consumenten.
- 5.12. Friesland Bank heeft het standpunt van Consumenten dat er ten tijde van het sluiten van de overeenkomst sprake was van overkreditering, aan de hand van een eigen financiële berekening, gemotiveerd betwist. Die berekening is gebaseerd op haar acceptatierichtlijnen zoals die destijds golden, waarbij zij gebruik maakte van de *Nationale Hypotheek Garantie Voorwaarden en Normen 1999* (hierna: de Voorwaarden) en bijbehorende financieringstabellen. Volgens Friesland Bank bedroeg de toegestane woonlast op basis van de financieringstabel NHG f 16.940,-. De werkelijke woonlast bedroeg f 16.585 (f 310.000*5,35%), zodat de aangevraagde geldlening binnen de normen paste. Friesland Bank is bij de berekening uitgegaan van een totaalinkomen van f 53.102. Dit bedrag bestaat uit:

AOW (2*14.801)	f 29.602,-
Lijfrente	f 5.500,-
Rekenrendement belegging (6%* 300.000)	f 18.000,-

Als rekenrendement voor inkomsten uit beleggingen hanteerde Friesland Bank destijds 6%, terwijl de NHG destijds rekende met 8% (p. 78 van de Voorwaarden). Friesland Bank betwist dat bij de beoordeling van een hypotheekaanvraag uitsluitend rekening mag worden gehouden met het reguliere inkomen.

- 5.13. De Commissie is van oordeel dat Friesland Bank – ook naar de destijds geldende maatstaven – als professionele financiële dienstverlener had moeten beseffen dat er een niet te verwaarlozen risico bestond dat het bij de acceptatie gehanteerde rendement op de beleggingen niet zou worden gehaald, zodat Consumenten voor de rentebetalingen op het belegde vermogen zouden moeten interen. Daarbij is van belang dat niet is gebleken dat Consumenten beschikten over ander vermogen of over inkomsten waarmee zij tegenvallers zouden kunnen opvangen. Er bestond daardoor een aanzienlijk risico dat Consumenten met betalingsproblemen en een restschuld – en mogelijk de noodzaak tot verkoop van hun woning – zouden worden geconfronteerd. De Friesland Bank had Consumenten daaraan niet mogen blootstellen, althans niet zonder hen daarvoor indringend te waarschuwen.
- 5.14. De Friesland Bank heeft terecht aangevoerd dat zij de hypothecaire geldlening niet volledig had behoeven te weigeren. De beleggingsinkomsten maken namelijk maar een deel – ruwweg 1/3 – uit van het totaalinkomen waarop Friesland Bank heeft gelet. De schadevergoeding dient dan ook te worden gerelateerd aan het bedrag aan krediet dat Friesland Bank te veel heeft verstrekt. Voor de geadviseerde constructie als zodanig staat de Friesland Bank immers niet in, zoals is overwogen onder 5.10. Daarbij komt dat Consumenten eigen schuld hebben aan de schade. Zij hebben immers zelf voor de door Zuidema geadviseerde constructie gekozen, en moeten geacht worden bekend te zijn geweest met de algemene risico's van beleggen.
- 5.15. De Commissie zal de schade dan ook ex aequo et bono schatten en verdelen over beide partijen. De Commissie neemt daarbij in aanmerking dat Friesland Bank meer krediet heeft verleend dan verantwoord was en dat dit voor Consumenten tot hogere rentelasten en een hoger restschuldrisico heeft geleid. Verder heeft de Commissie laten meewegen dat de Bank, 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 Friesland Bank is gehouden om een bedrag van € 45.000,- 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 Van Wierden eveneens schadevergoeding heeft toegekend, zij het tot een hoger bedrag. Tot het in deze zaak toegewezen lagere bedrag zijn de beide veroordelingen hoofdelijk. Dat betekent dat de bedragen niet bij elkaar kunnen worden opgeteld.

6. Beslissing

De Commissie beslist bij bindend advies dat Friesland Bank binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consumenten € 45.000,- 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>