

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-246 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

Klachten tegen de vermogensbeheerder. 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 Commissie is van oordeel dat de klacht tegen de vermogensbeheerder ongegrond is. Hij is niet verantwoordelijk voor het gegeven advies en niet is gebleken dat hij zijn zorgplicht heeft geschonden. De vordering wordt afgewezen.

Consumenten,

tegen

de naamloze vennootschap Insinger de Beaufort N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Insinger.

I. 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 Insinger;
- de repliek van Consumenten;
- de dupliek van Insinger;
- de pleitnota van Insinger.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkomenst 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 Adviseurs B.V. (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 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 Insinger (samen met Van Wieren en Friesland Bank hoofdelijk) wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hen geleden beleggingsschade, zijnde een bedrag van ten minste € 45.969,-, te vermeerderen met de schade die zij na het opstellen van de schadeberekening nog hebben geleden en zullen lijden.
- 4.2. Aan deze vordering leggen Consumenten ten grondslag dat Insinger haar zorgplicht jegens Consumenten heeft geschonden. In het bijzonder stellen Consumenten samengevat:
- Er heeft geen risico-inventarisatie door Insinger plaatsgevonden, noch hebben Consumenten een beleggingsvoorstel van Insinger ontvangen. De beleggingen hadden vanuit klantbelang niet mogen worden geadviseerd. Insinger 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 ervaring met beleggen.
 - Het ter beschikking gestelde bedrag werd volledig in aandelen belegd. Insinger heeft na enkele jaren gewicht naar een beleggingsportefeuille met minder aandelen.
 - Anders dan opgenomen in het voorstel van Zuidema, keerde de portefeuille geen dividend uit. 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.
- 4.3. Op de stellingen die Insinger 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, mede in verband met de uitspraken in de zaken tegen Friesland Bank en Van Wieren, allereerst beoordelen of de vordering van Consumenten te laat is ingesteld, zoals Insinger heeft aangevoerd.
- 5.2. Insinger heeft in de eerste plaats betoogd dat de vordering van Consumenten is verjaard op grond van artikel 3:310 lid 1 Burgerlijk Wetboek (“BW”). Insinger stelt dat sprake is van verjaring doordat Consumenten voor het eerst op 4 februari 2013 Insinger aansprakelijk hebben gesteld terwijl Consumenten in 2001, maar toch zeker in 2004 bekend waren met (het ontstaan van) de schade. Bovendien hebben Consumenten in april 2004 hun beleggingsportefeuille bij Insinger geliquideerd en zijn zij overgestapt naar Friesland Bank. Nadien hebben Consumenten nooit meer contact gehad met Insinger. Consumenten waren in april 2004 bekend met de vermeend geleden schade en de (mogelijk) aansprakelijke personen voor de vermeend geleden schade.
- 5.3. Insinger voert voorts aan dat Consumenten niet binnen bewakende tijd hebben geklaagd zoals is vereist op grond van artikel 6:89 BW. Volgens Insinger hadden Consumenten redelijkerwijs in 2001 bekend kunnen zijn met het vermeende gebrek in de prestatie omdat op dat moment het gesprek met Friesland Bank heeft plaatsgevonden. Enkele maanden later ontving Insinger het verzoek van Consumenten om maandelijks een bedrag van € 630,- vrij te maken uit de beleggingen. Door deze ontwikkelingen had het Consumenten duidelijk moeten zijn dat de doelstellingen uit het adviesrapport niet werden gehaald. Voorts blijkt uit beroepsschrift dat Consumenten al jaren op de hoogte zijn van het gebrek in de prestatie. Immers stellen Consumenten al jaren met de situatie in hun maag te zitten, maar vanuit een gevoel van onwetendheid en schaamte er niet over te durven praten. Als gevolg van dit late klagen is Insinger ernstig geschaad in haar belangen. Haar bewijspositie is met het verstrijken van de jaren aanzienlijk verslechterd. Consumenten hebben in 2004 de relatie met Insinger beëindigd. Daarmee is de wettelijke bewaartermijn van vijf jaar gaan lopen. Deze termijn is inmiddels verstreken, zodat Insinger niet meer beschikt over het volledige cliëntdossier.
- 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 Insinger 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 hen 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.
- 5.8. Insinger heeft gesteld dat zij van het tijdsverloop tussen het beëindigen van de beleggingsrekening en de aansprakelijkstelling in 2013 nadeel ondervindt doordat zij niet meer over relevante stukken beschikt. Met dergelijk nadeel kan evenwel in het kader van de bewijswaardering en de stelplicht afdoende rekening worden gehouden, waarbij in dit geval

voor de noodzaak stukken te bewaren mede van belang is dat de gehele relatie tussen Consumenten en Insinger in 2004 is verbroken.

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

Inhoudelijke beoordeling

- 5.10. De Commissie zal allereerst de aard van de beleggingsrelatie tussen Consumenten en Insinger beoordelen.
- 5.11. Insinger heeft gesteld dat er met Consumenten nooit een advies- of beheerovereenkomst is gesloten. Daarom is er ook geen beleggingsvoorstel uitgebracht en heeft er geen risico-inventarisatie plaatsgevonden. De beleggingsrekening is per 1 maart 2000 geopend naar aanleiding van een door Consumenten ondertekend inschrijfformulier. Op dit formulier is aangegeven in welke fondsen en voor welk percentage belegd diende te worden. Consumenten hebben op advies van Zuidema de keuze gemaakt voor een aantal beleggingsfondsen. De heer [X] (werkzaam bij Insinger) heeft desgevraagd informatie verstrekt over de fondsen. Insinger heeft altijd op instructie van Consumenten gehandeld.
- 5.12. Consumenten hebben onvoldoende specifieke feiten en omstandigheden gesteld of stukken overgelegd die op een adviesrelatie of vermogensbeheer wijzen. Consumenten hebben weliswaar aangevoerd dat de heer [X] van Insinger geheel op de hoogte was van het advies van Zuidema, maar Insinger heeft dit ontkend en Consumenten hebben van hun stelling geen bewijs aangeboden. Mede gelet op het tijdsverloop, en het daardoor ontstane bewijsnadeel bij Insinger, moet de onzekerheid over de feitelijke toedracht voor rekening van Consumenten blijven. Gelet daarop moet het ervoor worden gehouden dat tussen partijen een beleggingsrelatie op basis van execution only heeft bestaan. Dat wil zeggen dat Insinger jegens Consumenten geen bijzondere verplichtingen tot advisering of beheer heeft aanvaard.
- 5.13. Insinger heeft gesteld dat Consumenten zelf hun beleggingsbeslissingen namen en dat zij daarbij werden geadviseerd door Zuidema. Niet gesteld of gebleken is dat Zuidema daarbij buiten de grenzen is getreden van het soort advies dat hij destijds aan Consumenten mocht geven, laat staan dat Insinger daarvan dan op de hoogte was. Insinger behoefde Consumenten daarom niet te behoeden voor adviesfouten van Zuidema, tenzij deze voor haar evident waren. Dat is echter niet komen vast te staan.
- 5.14. Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat Insinger Consumenten niet heeft geadviseerd en dat zij niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de door Zuidema adviseerde financieringsconstructie en de gevolgen daarvan.
- 5.15. De Commissie oordeelt dat de klacht van Consumenten ongegrond is en dat beide onderdelen van de vordering dienen te worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consumenten 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/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld>