

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-055  
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mr. C.E. Polak en mr. drs. R. Knopper, leden en  
mr. R.P.W. van de Meerakker, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 11 oktober 2016  
Ingediend door : Consument  
Tegen : Staal Beheer N.V, handelend onder de naam Staalbankiers, gevestigd te Apeldoorn,  
verder te noemen de Bank  
Datum uitspraak : 23 januari 2018  
Aard uitspraak : Bindend advies

## **Samenvatting**

De Bank heeft Consument een lening in Zwitserse Franken verstrekt, waarvoor zijn vader borg stond. Zelf had Consument geen inkomen of vermogen. Een deel van het verstrekte krediet werd via een effectenrekening belegd bij de Bank. Consument heeft schadevergoeding gevorderd. Ter onderbouwing heeft Consument gewezen op overkreditering ten tijde van verstrekking van de financiering en verkeerde beleggingsadviezen. De Commissie oordeelt dat de Bank haar zorgplicht te waken voor overkreditering heeft geschonden, maar dat dit in de gegeven omstandigheden niet tot schade geleid heeft. Daarnaast oordeelt de Commissie dat Consument zijn klachtplicht heeft geschonden ten aanzien van de verkeerde beleggingsadviezen. De Commissie concludeert dat de vordering van Consument dient te worden afgewezen.

## **1. Procesverloop**

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het preliminaire verweerschrift van de Bank op grond van artikel 20.8;
- de reactie van Consument op dit verweer;
- het materiële verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 10 oktober 2017 en zijn aldaar verschenen.

## **2. Feiten**

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft op 20 juli 2007 een hypothecaire geldlening ad € 1.025.000,-- afgesloten ten behoeve van onder meer de aankoop van twee onroerende zaken. De aankoopwaarde van de panden samen was € 470.000,-.

- 2.2 In het interne kredietaanvraagformulier van 23 maart 2007 heeft de Bank in de volgende bewoordingen opgemerkt dat het pand verstrekt wordt op de inkomens- en vermogenstoets van de vader van Consument:

*Alhoewel zoon de kredietnemer wordt is deze zelfstandig niet financierbaar. Vader (is reeds relatie) staat borg voor het volledige obligo.*

*Het betreft financiering van verhuurd pand (woning). Pand is nu eigendom van vader. Overname tegen huidige restfinanciering bij PVF. Pand momenteel verhuurd tegen absurd lager huurprijs. Vanaf twee jaar na verkrijging zal zoon ontruimingsprocedure starten om het pand leeg te kunnen verkopen.*

[...]

*Advies Kredietanalyse: positief. Betreft een verkapte schenking aan zoon. De vraag is wel of de fiscus hiermee akkoord zal gaan. Wel in offerte bevestigen dat financiering door kredietnemer niet zelfstandig gedragen kan worden en dat we dit op basis van financiële kracht van de borg doen.*

- 2.3 De geldlening kende een hoofdsom van € 1.025.000,-. Hiervan werd bepaald dat deze werd verstrekt in Zwitserse Franken. De geldlening heeft een looptijd van 30 jaar en Consument is daarvoor een rente verschuldigd die op basis van 1 maands CHF LIBOR wordt vastgesteld. De opslag op deze lening bedraagt 1,30%.
- 2.4 Het extra bedrag van € 555.000,- dat de Bank Consument boven de aankoopssom voor de panden heeft geleend, werd middels een effectenrekening belegd bij de Bank. Het risicoprofiel waarin belegd moest worden heeft de Bank op neutraal gesteld.
- 2.5 In de offerte d.d. 20 juli 2007 is, voor zover hier relevant, het volgende opgenomen:

Soort & doel financiering

*Deze kredietfaciliteit wordt u verstrekt in de vorm van een roll-over lening met als doel de financiering van de onroerende zaken gelegen aan de [pand A] huis en aan de [pand B]. [...]*

Hoofdsom & looptijd

*Een bedrag in Zwitserse Franken als equivalent van het bedrag van €1.025.000,- [...] tegen de dagkoers op het moment van verstrekking. [...]*

**Let op:**

**U loopt het risico dat u ondanks het gunstige CHF LIBOR-rentetarief, als gevolg van koersschommelingen van de Zwitserse Frank ten opzichte van de Euro, per saldo ongunstiger uit zou kunnen zijn dan in het geval de lening verstrekt zou zijn in Euro's, gecombineerd met het Euribor-rentetarief.**

**Lees de bijlage "Achtergrondinformatie Staalbankiers Hypothecaire lening in Zwitserse Franken" bij deze offerte. Door ondertekening van deze offerte verklaart u dit risico te begrijpen en aanvaarden.**

### Aflossing

Het uitstaand bedrag in Zwitserse Franken dient op de einddatum van de lening, tegen de dan geldende dagkoers, in zijn geheel te worden afgelost, deels uit het opgebouwde kapitaal in uw effectendepot.

Na iedere rentevastperiode heeft u het recht deze lening in zijn geheel boetevrij af te lossen en is de lening in zijn geheel opeisbaar. Indien u van dit recht gebruik wenst te maken, dient u dit schriftelijk mede te delen. Dit verzoek dient uiterlijk vijf werkdagen voor het moment van aflossen in ons bezit te zijn. Wij wijzen u erop dat u tijdens een rentevastperiode niet vervroegd kunt aflossen.

**Let op: U loopt het risico dat u bij aflossing (op de einddatum of bij tussentijdse aflossing van de lening) meer Euro's dient aan te wenden voor de aflossing van de lening dan nodig waren bij aanvang van de lening.**

**Lees de bijlage "Achtergrondinformatie Staalbankiers Hypothecaire lening in Zwitserse Franken" bij deze offerte. Door ondertekening van deze offerte verklaart u dit risico te begrijpen en aanvaarden.**

[...]

### Zekerheden

Tot zekerheid voor de terugbetaling van al hetgeen u ons op enig moment schuldig bent of zal zijn, verstrekt u ons de volgende zekerheden:

[...]

\* Een eerste pandrecht op een bij onze bank aan te houden (geblokkeerd) effectendepot met een zodanige marktwaarde dat de door ons vastgestelde bevoorschottingswaarde gedurende de looptijd van de kredietfaciliteit minimaal € 400.000,00 [...] bedraagt. Hiertoe zult u bij aanvang van de financiering bij onze bank een initiële storting doen van € 500.000,00 [...].

De bevoorschottingswaarde is een door ons vastgesteld percentage van de marktwaarde, afhankelijk van de kwaliteit en de volatiliteit van de onderliggende waarden.

Beleggingstransacties in dit verpande effectendepot zullen uitsluitend geschieden binnen het door de bank gedefinieerde neutrale of defensieve beleggingsprofiel, binnen welk profiel u naar eigen inzicht kunt beleggen. Wijziging van het beleggingsprofiel is slechts toegestaan na schriftelijke toestemming van de bank. Het rendement op dit effectendepot staat u vrij ter beschikking.

### **Let op: wat zijn de financiële risico's van de Beleggingshypotheek?**

Het te realiseren kapitaal op de einddatum van de hypotheek is onzeker. De waardeontwikkeling van het effectendepot is afhankelijk van de ontwikkelingen op financiële (kapitaal-, effecten-, valuta-, goederen-)markten.

Een en ander betekent dat:

- de mogelijkheid bestaat dat uw effectendepot weinig of geen inkomsten zal opleveren,
- dan wel bij een ongunstig koersverloop uw inleg geheel of gedeeltelijk verloren kan gaan en
- de waarde van uw effectendepot mogelijk niet voldoende is om aan het einde van de looptijd van uw hypothecaire geldlening deze in zijn geheel of gedeeltelijk af te lossen. U houdt dan een schuld over. Daarnaast kan de waarde van uw effectendepot gedurende de looptijd van uw geldlening dermate tekortschieten dat u aanvullende zekerheid dient te verstrekken.

[...]

Overige voorwaarden

[...]

Indien u belegt of gaat beleggen met geleend geld loopt u het risico dat u niet alleen uw inleg verliest (zodat de oorspronkelijk aangegeane kredietfaciliteit blijft gehandhaafd), maar u loopt ook het risico dat u daardoor een grotere schuld dan oorspronkelijk aangegaan overhoudt. Dat heeft te maken met het feit dat beleggingen sterk kunnen fluctueren en eventuele aangegeane (optie)posities tot grote verliezen kunnen leiden.

U bent een ervaren belegger en heeft de gelden niet nodig voor levensonderhoud of eventuele pensioenverplichtingen. U bent bekend met het feit dat u risico's zoals hierboven aangegeven loopt, en bent bereid deze risico's voor eigen rekening en risico te aanvaarden. U bent door de bank gewezen op deze risico's.

Wij wijzen u erop dat deze financiering uitsluitend mogelijk is op basis van de inkomens- en vermogenspositie van de Borg [de vader].

- 2.6 Consument heeft de volgende zekerheden gesteld voor de financiering. Een hypothecaire inschrijving van € 1.500.000,- op de beide woningen gezamenlijk. Een pandrecht op het aangehouden effectendepot, waaraan de eis werd verbonden dat de bevoorschottingswaarde ten minste € 400.000,- zou zijn. De vader van Consument heeft zich borg gesteld voor de hoofdsom ter grootte van € 1.025.000,-.
- 2.7 Ter uitvoering van de financiering zijn overeenkomsten gesloten met de volgende titels: (i) Overeenkomst Effectenbemiddeling, (ii) Staal Effecten Rekening, (iii) Staal Spaar Rekening, (iv) Overeenkomst Webbankieren en Webbeleggen, (v) Optie-Overeenkomst, (vi) Overeenkomst van Borgtocht (privé).
- 2.8 Op 2 november 2009 heeft de Bank Consument een brief gestuurd waarin zij Consument gewezen heeft op de overschrijding van het neutrale risicoprofiel. Zij heeft verzocht deze brief getekend retour te ontvangen. De getekende versie heeft Consument niet retour gestuurd. Op 17 augustus 2010 heeft de Bank opnieuw een brief gestuurd en Consument ervan op de hoogte gebracht dat de samenstelling van de portefeuille afwijkt van het afgesproken neutrale beleggingsprofiel. Vervolgens heeft Consument zowel de eerder gestuurde als deze brief voorzien van zijn handtekening aan de Bank geretourneerd.
- 2.9 Op 31 maart 2015 heeft de Bank een brief gestuurd waarin aan de vader van Consument het volgende aanbod wordt gedaan dat door de vader van Consument geaccepteerd is:

*Na ontvangst van de genoemde Euro 700.000,00 en interne verrekening van de bij onze bank aangehouden en aan onze bank verpande waarden, geven onze bank en de [vader van Consument] elkaar, over en weer finale kwijting. Tevens zullen wij de door de [vader van Consument] afgegeven borgstelling ten behoeve van onze vordering op [Consument] als vervallen beschouwen.*

- 2.10 Op 10 juli 2015 heeft een medewerker op de afdeling bijzonder beheer bij de Bank laten weten dat de verpande effectenrekening geblokkeerd werd. Dit bericht werd verstuurd aan een derde, die het bericht heeft doorgezet aan de vader van Consument. Per e-mail van 8 september 2015 heeft de vader van Consument zijn beklag tegen de Bank gedaan over deze handelwijze.
- 2.11 Per e-mail van 20 november 2015 heeft een gemachtigde namens Consument een aansprakelijkstelling verstuurd aan de medewerker bijzonder beheer van de Bank die inmiddels verantwoordelijk was voor het dossier.
- 2.12 Op 30 december 2015 heeft de Bank medegedeeld dat Consument niet voldoet aan de verplichtingen die voortvloeien uit de financiering. De Bank heeft het volgende verzuim geconstateerd:

Per heden is er sprake van de volgende positie.

Overeengekomen en verplichte minimale dekkingswaarde		€ 400.000,00
Saldo van het, op de rekening bij de bank, aangehouden en verpand creditgeld:	€ 166.410,24	
Bevoorschottingswaarde effectenportefeuille [REDACTED]	€ 205.290,39	
Totaal waarde		€ 371.700,63
Te kort		€ 28.299,37

De in het mailbericht van juli 2015 vermelde achterstand op de betalingen van de lening, is per 1 december 2015 opgelopen tot:  
Totaalpositie waarvoor u in verzuim bent:

€ 13.304,85  
~~€ 41.604,52~~

- 2.13 Vanwege de bovenstaande constatering heeft de Bank het pandrecht ingeroepen op de effectenportefeuille en op het door Consument bij de Bank gestalde creditgeld. Met betrekking tot de restschuld heeft de Bank Consument tot 1 maart 2016 de gelegenheid gegeven tot herfinanciering en aflossing over te gaan. Wanneer oversluiten niet zou plaatsvinden, heeft de Bank aangezegd gebruik te zullen maken van het recht van parate executie uit hoofde van de hypotheekakte.
- 2.14 Op 3 april 2017 is de lening geherfinancierd bij een andere geldverstrekker en is de kredietfaciliteit volledig afgelost.

### 3. Vordering, klacht en verweer

#### Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert € 1.000.000,- schadevergoeding met wettelijke rente en de proceskosten.

#### Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Consument heeft gesteld dat op de Bank als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener een bijzondere zorgplicht rust ten opzichte van haar cliënten.

Die zorgplicht behelst onder meer dat de Bank vooraf naar behoren onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van Consument en hem dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepaste beleggingsvorm zijn verbonden, alsook voor het feit dat een door hem voorgenomen of toegepaste beleggingsstrategie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Consument stelt dat deze plicht er mede toe strekt Consument te beschermen tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of de eigen lichtvaardigheid. Consument heeft gesteld dat de Bank deze bijzondere zorgplicht geschonden heeft en schade gevorderd die bestaat uit het verlies dat is geleden door de koersstijging van de Zwitserse Frank ten opzichte van de Euro en anderzijds uit de verliezen die hij heeft geleden op zijn beleggingsportefeuille. De vordering tot schadevergoeding heeft Consument beperkt tot € 1.000.000,-. Hij heeft de zorgplichtschending op de volgende grondslagen gebaseerd:

- 3.2.1. Uit de bijzondere zorgplicht vloeit allereerst een onderzoeksplicht voort, die door de Bank is geschonden. Voorafgaand aan de verstrekking had de Bank onderzoek moeten doen naar het inkomen en vermogen van Consument. Enig onderzoek heeft zij echter nagelaten. De lening heeft de Bank louter verstrekt op basis van het inkomen en vermogen van de borg. Vanwege de hierna onder 3.2.2 en 3.2.3 genoemde omstandigheden rustte op de Bank bovendien een zeer verstrekkende waarschuwingsplicht, die de Bank heeft geschonden. Daardoor is zij tekortgeschoten in haar verplichting te waken voor overkreditering.
- 3.2.2. Dat het krediet is verstrekt op basis van de inkomens- en vermogenspositie van de borg laat onverlet dat de risico's van de financiering bij Consument bleven en door hem volstrekt niet konden worden gedragen. De verplichting tot nakoming van de overeenkomst blijft liggen bij Consument. De borg zou pas worden aangesproken wanneer Consument tekort zou schieten in de nakoming (artikel 7:855 BW). Tevens strekt de borgtocht tot slechts € 1.025.000,-. Dit bedrag dekt het risico van sterke schommelingen van de wisselkoers niet. Voor de verwezenlijking van de risico's van de financiering is geen borgtocht afgegeven, deze bleven rusten bij Consument.
- 3.2.3. Vanwege het gegeven dat deze risico's bij Consument zouden blijven rusten, was het onverantwoord voor de Bank om een financiering te verstrekken waarvan € 555.000,- in effecten belegd zou worden.
- 3.2.4. De beleggingen die via de effectenrekening zijn verlopen, hadden bovendien nooit tot stand mogen komen in de vorm waarin dit gebeurd is. Ten eerste heeft de Bank Consument ingedeeld in een veel te offensief risicoprofiel, op basis van een vragenlijst die niet door Consument is ingevuld. Evenmin heeft hij op enig later moment met de inhoud van die vragenlijst ingestemd. Consument acht de informatie uit de vragenlijst bovendien feitelijk onjuist. Ten tweede was het niet toegestaan voor de Bank Consument in een neutraal risicoprofiel in te delen, omdat dit risicoprofiel niet gerechtvaardigd wordt door de vragenlijst.

- 3.2.5. Ten derde is de portefeuille niet verenigbaar met een neutraal risicoprofiel. De portefeuille was te risicovol ingericht, zowel voor wat betreft het type producten als voor wat betreft de sector waarin belegd werd. Dit is in strijd met de zorgplicht die de Bank in acht dient te nemen. Consument betwist in dit verband bovendien dat sprake is van een execution only beleggingsrelatie.
- 3.2.6. De schade die is ontstaan vanwege het handelen van de Bank heeft Consument als volgt onderbouwd. De schade uit overkreditering heeft Consument berekend door de aankoopwaarde van het gekochte vastgoed te vergelijken met de hoogte van de lening op 1 september 2016. Consument heeft die schade voortgevloeid uit de overkreditering beperkt tot € 1.000.000,- ten einde te voldoen aan artikel 9 lid 2 onder g Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.

Voor zover de Commissie zou oordelen dat de lening als zodanig verstrekt mocht worden, heeft Consument ten aanzien van de beleggingsverliezen primair een schade van € 533.635,33 gevorderd. Dit bedrag is gebaseerd op het defensief risicoprofiel waarin de Bank hem had moeten indelen. Subsidiair heeft Consument gesteld dat schade is geleden vanwege het feit dat de binnen het neutrale risicoprofiel verrichte beleggingen veel lager zijn uitgevallen dan conform de benchmark verwacht mocht worden. De schade die hij in dat verband begroot heeft, bedraagt € 536.204,96.

#### *Verweer van de Bank*

- 3.3 De Bank heeft de stellingen van Consument inhoudelijk gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan. Daarnaast heeft de Bank een beroep gedaan op bepalingen uit het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: Reglement) op grond waarvan zij heeft gesteld dat de Commissie de klacht niet kan behandelen. Tot slot heeft de Bank een beroep gedaan op verjaring van de vordering op grond van artikel 3:310 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en heeft zij een beroep gedaan op artikel 6:89 BW en gemotiveerd gesteld dat niet op tijd is geklaagd.

## **4. Beoordeling**

- 4.1 De Commissie stelt vast dat de vordering in feite onderbouwd wordt met een beroep op een dubbele grondslag. Ten eerste heeft Consument een beroep gedaan op schending door de Bank van de zorgplicht te waken voor overkreditering ten tijde van het aangaan van de financiering. Daarnaast heeft Consument aangevoerd dat onjuiste beleggingsadviezen zijn verstrekt door de Bank, waardoor beleggingsverliezen zijn opgetreden. Hierna zal achtereenvolgens over deze grondslagen worden geoordeeld.

#### *Beroep op niet-behandelbaarheid*

- 4.2 Voordat aan deze beide grondslagen wordt toegekomen, wordt het beroep van de Bank beoordeeld dat neerkomt op de stelling dat de Commissie de klacht van Consument op grond van het Reglement niet kan behandelen. Daarvoor heeft de Bank twee grondslagen aangevoerd. Ten eerste heeft zij een beroep gedaan op artikel 12 van het Reglement.

Zij heeft gesteld dat de klacht te laat is ingediend en om die reden niet door de Commissie behandeld kan worden. Ten tweede heeft de Bank aangevoerd dat de vordering van Consument boven de grenzen uit het Reglement zou uitkomen en daardoor niet voor behandeling in aanmerking komt.

- 4.3 De Commissie oordeelt dat het beroep op de bepalingen uit het Reglement niet door haar wordt gehonoreerd. Ten eerste heeft de Bank aangevoerd dat de vordering te laat is ingediend. Zij heeft daarbij de e-mail gestuurd door de vader van Consument van 8 september 2015 als uitgangspunt genomen. Artikel 12 van het Reglement vereist een klachtuiting van Consument. Uit het klachtdossier is de Commissie gebleken dat de eerste klacht namens Consument op 20 november 2015 is ingediend. De klacht bij Kifid is vervolgens op 11 oktober 2016 ingediend. Naar het oordeel van de Commissie betekent dit dat de klacht niet te laat is ingediend. Ten tweede heeft de Bank gesteld dat de vordering de grens van € 1.000.000,- te boven gaat en daarmee volgens artikel 9 lid 2 sub g van het Reglement buiten behandeling dient te blijven. Naar het oordeel van de Commissie gaat ook dit beroep niet op. Consument heeft zijn vordering nadrukkelijk beperkt tot de grenzen uit het Reglement en van het meerdere afstand gedaan, waardoor deze vordering voor behandeling door de Commissie in aanmerking komt.

*Beroep op verjaring en schending van de klachtplicht ten aanzien van overkreditering*

- 4.4 Voorts heeft de Bank ten aanzien van de grondslag voor overkreditering een beroep gedaan op verjaring (3:310 BW) en schending door Consument van diens klachtplicht (6:89 BW). De Bank heeft daarbij gemotiveerd gesteld dat Consument vanaf 2009 bekend was met de wijze waarop de financiering was vormgegeven. Ondanks zijn bekendheid heeft Consument de door hem gestelde tekortkoming niet eerder aan de orde gesteld. De Bank heeft gesteld dat de tijd die verstreken is, maakt dat Consument niet voldaan heeft aan zijn klachtplicht en de vorderingen bovendien verjaard zijn.
- 4.5 De Commissie volgt de Bank daarin niet. Ten aanzien van de verjaring van de vordering geldt dat de termijn voor verjaring pas aanvangt wanneer Consument voldoende zekerheid heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de Bank (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, r.ov. 3.3.2). Niet gebleken is dat Consument reeds meer dan vijf jaar bekend was met het door hem gestelde tekortschieten van de Bank. Ten aanzien van het beroep op schending van de klachtplicht geldt dat de maatstaf voor dat oordeel is of Consument binnen bekwame tijd nadat hij de gestelde tekortkoming in het handelen van de Bank heeft ontdekt of had moeten ontdekken bij de Bank terzake heeft geprotesteerd. De tijd die is verstreken tussen dat moment en het indienen van de klacht is een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend. Belangrijk is tevens dat de Bank door het tijdverloop in haar belangen is geschaad (zie voor het beoordelingskader uitgebreider: HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600; r.o 5.4). Dat de Bank concreet in haar bewijspositie is geschaad, is niet gebleken. Derhalve wordt het ook het beroep van de Bank op de klachtplicht in dit verband afgewezen.



*Zorgplicht te waken voor overkreditering*

- 4.6 De maatschappelijke functie van een bank brengt een bijzondere zorgplicht mee, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. (Vgl. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285.) De bijzondere zorgplicht van de Bank strekt ertoe financiële consumenten te beschermen tegen informatiescheefheid, grote en onverantwoorde financiële risico's, en tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht (zie HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192). Naar vaste rechtspraak wordt een kredietverlenende bank als ter zake kundige in de regel beter dan een kredietvragende consument in staat geacht de gevolgen van kredietverstrekking te overzien en weer te geven, en om te beoordelen of een consument in staat zal zijn de lasten van de kredietverstrekking te (blijven) dragen (HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.6). Ten einde te voorkomen dat overkreditering plaatsvindt, bestaat voor een Bank de verplichting geen kredieten te verstrekken waarvan een Consument gezien zijn financiële situatie de lasten niet kan dragen (zie GC Kifid 2017-564, ov. 4.3).
- 4.7 Concreet leidt deze zorgplicht te waken voor overkreditering tot een plicht voor de Bank inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van Consument. In het onderhavige geval heeft de Bank de financiering uitsluitend verstrekt op basis van de inkomens- en vermogenspositie van de vader van Consument zoals blijkt uit de hierboven in overweging 2.5 aangehaalde passage uit de offerte. De Commissie gaat er derhalve van uit dat aan Consument op basis van diens eigen financiële positie geen financiering verstrekt kon worden door de Bank. Dat de vader van Consument een onverantwoord risico aanging door zich borg te stellen voor de lasten van het verstrekte hypothecaire krediet is gesteld noch gebleken.
- 4.8 Uit onderzoek van de Bank bleek dat Consument de lasten van een financiering zelf niet zou kunnen dragen. Vervolgens is het de vraag of de Bank tekortgeschoten is in haar dienstverlening door toch een financiering te verstrekken, louter op basis van de borgstelling van de vader op basis van diens inkomens- en vermogenspositie. In beginsel rustte op de Bank ook ten tijde van de verstrekking van de geldlening de verplichting de financiering te weigeren wanneer de lasten niet konden worden gedragen door Consument. De uitzondering op dat uitgangspunt was geformuleerd in artikel 6, lid 6 van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen 2007 (GHF). Daaruit volgt dat een consument voor wie de kredietverstrekking mogelijk niet verantwoord is, daarop dient te worden gewezen (informatieplicht) en dat hij dient te worden gewaarschuwd voor de aan de onverantwoorde kredietverstrekking verbonden risico's (waarschuwingsplicht).
- 4.9 In de concrete omstandigheden oordeelt de Commissie dat de Bank onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de risico's die deze financiering met zich bracht. De Bank heeft in de offerte eraan gememoreerd dat de verstrekking plaatsvond op basis van het inkomen en vermogen van de vader van Consument. Diens borgstelling had echter betrekking op een bedrag van € 1.025.000,-. Aan Consument werd echter een geldlening verstrekt van een equivalent van dat bedrag in Zwitserse Franken.

Een aanvullend en in beginsel onbeperkt risico bij deze financieringsvorm is een koersstijging van de Zwitserse Frank ten opzichte van de Euro. Dit risico werd niet door de borgstelling van de vader van Consument gedekt en heeft zich gemanifesteerd. Een ander risico dat intrinsiek deel uitmaakte van de geldlening was het risico van beleggen met geleend geld. Deel van dat risico was dat aanvullende zekerheden zouden moeten worden gesteld door Consument wanneer de bevoorschottingswaarde lager zou komen liggen dan € 400.000,-. Uiterste maatregel daarbij was opeising van de geldlening als zodanig. Ook dit risico heeft zich voorgedaan.

- 4.10 Naar het oordeel van de Commissie rustte op de Bank de verplichting uitdrukkelijk te waarschuwen voor risico's die niet door de borgstelling gedekt werden. Door Consument niet te waarschuwen voor de risico's waaraan Consument zelf via deze financieringsvorm werd blootgesteld, heeft de Bank haar verplichting geschonden geen onverantwoorde kredieten te verstrekken.
- 4.11 De Commissie concludeert derhalve dat de Bank haar zorgplicht te waken voor overkreditering heeft geschonden.
- 4.12 De Commissie concludeert echter dat deze zorgplichtschending van de Bank niet tot schade geleid heeft. Daarvoor is maatgevend dat de Bank, wanneer zij haar zorgplicht had nageleefd, geen enkele financiering aan Consument mocht verstrekken. Immers, vanwege het ontbreken van inkomen of vermogen had Consument de lasten van om het even welk hypothecair krediet niet zelfstandig kunnen dragen. De in verband van schade te maken vergelijking is dus die tussen de situatie waarin de Bank geen financiering verstrekt had en de huidige situatie, waarbij de waarde van de onroerende zaken mede van belang is. Gesteld noch gebleken is echter dat Consument door de verstrekking van de financiering in een nadeligere vermogenspositie is beland.
- Beleggingsverliezen vanwege verkeerd beleggingsadvies en het beroep op verjaring/klachtplicht dienaangaande*
- 4.13 Subsidiair vordert Consument schadevergoeding omdat de Bank in het kader van de financiering onjuiste beleggingsadviezen gegeven heeft. Partijen twisten daarbij ten eerste over de vraag of sprake is van een adviesrelatie. Consument heeft daarbij gesteld dat voor een adviesrelatie kenmerkend is dat de Bank de opportuniteit van het beleggingsbeleid of de effectentransacties zelfstandig beoordeelt op geschiktheid voor de belegger. Consument heeft zijn stelling dat sprake is van een adviesrelatie onderbouwd door erop te wijzen dat de Bank in 2009 een oordeel heeft gevormd over de samenstelling van de beleggingsportefeuille.
- 4.14 De Commissie volgt de stelling van Consument niet. Kern van een adviesrelatie is volgens haar vaste lijn dat de belegger beslissingen neemt over het al dan niet uitvoeren van transacties na verkregen advies van een beleggingsadviseur van de instelling waarmee hij een beleggingsrelatie onderhoudt (GC Kifid, nr 2012-146 en nr. 2015-108). In het onderhavige geval is gesteld noch gebleken dat hiervan sprake is geweest. Uit de in overweging 2.5 opgenomen passage uit de offerte blijkt dat de Bank, voorafgaand aan het afsluiten van de geldlening heeft aangegeven dat de beleggingen plaats dienden te vinden op basis van een met de Bank overeengekomen defensief of neutraal risicoprofiel.

De Commissie concludeert dat zodoende sprake is van beleggen op basis van execution only, waarbij de keuze van de aan te kopen beleggingen bij de belegger (hier: Consument) heeft gelegen, in die zin dat de belegger zelfstandig en zonder voorafgaand advies beleggingsbeslissingen neemt en de beleggingsonderneming (hier: de Bank) de opdrachten van de belegger uitvoert (zie GC Kifid, nr. 2017-678).

- 4.15 Ten tweede twisten partijen over het risicoprofiel waarin de Bank Consument bij aanvang heeft ingedeeld. De Bank heeft Consument ingedeeld in een neutraal risicoprofiel, terwijl Consument heeft gesteld dat hij had moeten worden ingedeeld in een defensief profiel. Voor die indeling heeft de Bank gesteld een ingevulde vragenlijst als uitgangspunt te hebben genomen. Consument heeft ontkend die vragenlijst te hebben ingevuld. De Commissie laat in het midden of Consument deze vragenlijst al dan niet heeft ingevuld. In dit verband heeft de Bank namelijk een beroep gedaan op schending van de klachtplicht ex artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (BW). Dit wetsartikel houdt in dat Consument op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek redelijkerwijs heeft moeten ontdekken, bij de Bank ter zake heeft geprotesteerd. De Commissie overweegt in dat verband dat de vraag of op tijd is geklaagd dient te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waarbij gewicht toekomt aan de vraag of de Bank door het tijdsverloop in haar belangen is geschaad. De verstreken tijd tussen het moment dat het gebrek in de prestatie is ontdekt of had moeten worden ontdekt en het indienen van de klacht is daarbij een belangrijke, zij het niet doorslaggevende, factor (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600; GC Kifid, nr. 2017-755).
- 4.16 De Bank heeft reeds in 2009 Consument ervan op de hoogte heeft gesteld dat deze offensiever belegde dan volgens zijn neutrale risicoprofiel passend zou zijn. Derhalve dient te worden aangenomen dat Consument er in ieder geval op dat moment van op de hoogte was dat hij niet defensief belegde. Door vervolgens de waarschuwing van de Bank in de wind te slaan en pas zeven jaar later een klacht in te dienen, heeft Consument zijn klachtplicht geschonden. Dat inmiddels niet meer duidelijk kan worden vastgesteld hoe de bank tot de indeling van Consument in het neutrale risicoprofiel is gekomen, is een omstandigheid die derhalve voor zijn rekening dient te blijven. Nu het beroep op de klachtplicht gehonoreerd wordt, kan het beroep op verjaring buiten beschouwing blijven.
- 4.17 Gezien het voorgaande kan niet worden vastgesteld dat de Bank is tekortgeschoten jegens Consument vanwege de geleden beleggingsverliezen.

## **5. Beslissing**

De Commissie wijst de vorderingen van Consument af.

*In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 [www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld](http://www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld).*



*U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.*