Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2012-344 d.d. 18 december 2012
(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, prof. mr. M.L. Hendrikse, mr. J.S.W. Holtrop, mr. J.W.M. Lenting en mr. P.A. Offers, leden en mevrouw mr. F. Faes, secretaris)

Samenvatting

De dienstverlening van de bank aan Consument beperkt zich tot het doorgeven of (doen) uitvoeren van orders en het beheren van het beleggingsfonds. Onder die omstandigheden rust op de bank geen plicht om Consument te adviseren of te waarschuwen zodat haar ook niet verweten kan worden dat zij dat niet heeft gedaan. De vordering wordt afgewezen.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschillenbeslechting van Consument;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst 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 9 november 2012 en partijen zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
3.1. In 1999 heeft Consument zich tot (de rechtsvoorganger van) X Groep B.V. (hierna: de tussenpersoon) gewend voor de financiering van een aan te kopen woning. Een medewerker van de tussenpersoon heeft Consument geadviseerd en heeft bemiddeld bij het verkrijgen van een offerte voor een hypothecaire geldlening bij X Bank voor de aankoop van de woning. Uitgangspunt was daarbij dat (een deel van) de overwaarde van de te verkopen woning zou worden belegd ter (gedeeltelijke) aflossing van de schuld. Het doel van Consument was om op pensioendatum een deel van de geldlening af te lossen om zo lagere maandlasten te realiseren. Ook wilde Consument op de einddatum van de geldlening een gedeelte aflossen.

3.2. Op 8 juni 1999 heeft Consument via de tussenpersoon een offerte ontvangen voor de door de tussenpersoon geadviseerde geldlening bij X Bank. Het te lenen bedrag bedraagt € 595.587,- (*ƒ* 1.312.500,-) en de geldlening heeft een looptijd van 21 jaar. In de offerte staat aangaande de aflossingswijze van de geldlening het volgende vermeld: "*(Gedeeltelijke) aflossing zal plaatsvinden uit de verkoopopbrengst van (een gedeelte van) het te verpanden effectendepot bij Aangeslotene met een eerste inleg van ƒ 237.638,-- , een onttrekking van ƒ 300.000,– over 12 jaar en een vermogensopbouw van 8% bedraagt ƒ 896.000,– (ƒ 300.000,– over 12 jaar en ƒ 596.000,– over 21 jaar). Op een bedrag van ƒ 416.500,– hoeft niet te worden afgelost. De bank behoudt zich ten allen tijde het recht door alsnog een aflossingsregeling over een te komen*." Consument heeft het voor de aflossing bestemde kapitaal belegd in participaties van beleggingsfondsen die worden beheerd door Aangeslotene. Aangeslotene en de tussenpersoon hebben daarvoor gezamenlijk een brochure opgesteld. De brochure is aan Consument ter hand gesteld. In de brochure is vermeld dat de tussenpersoon en Aangeslotene gezamenlijk een aantal fondsen hebben geselecteerd die geschikt worden geacht ter (gedeeltelijke) aflossing van de geldlening. Vervolgens wordt een korte uitleg gegeven van de werking van drie door Aangeslotene beheerde beleggingsfondsen.

3.3. Uit het door Consument ondertekende inschrijvingsformulier ten behoeve van de beleggingsrekening bij Aangeslotene blijkt dat er voor de volgende beleggingsfondsen is gekozen:

Fonds	**Verdeling in %**
Y N.V.	25% (aandelen)
Y S	50% (aandelen)
Y mix	25% (aandelen en obligaties)
TOTAAL	**100%**

3.4. Bij het passeren van de hypotheekakte is een bedrag van € 107.836,- (*ƒ* 237.638,-) op de beleggingsrekening bij Aangeslotene gestort. Dit bedrag is door Aangeslotene in de gekozen fondsen belegd. De beleggingsportefeuille is verpand aan de geldverstrekker. Per kwartaal heeft Consument van Aangeslotene overzichten ontvangen aangaande de ontwikkelingen van de beleggingen.

3.5. De waarde van de beleggingen bedroeg per 31 maart 2010 € 86.258,37. Consument heeft dit bedrag aangewend om op zijn pensioendatum de geldlening gedeeltelijk af te lossen. Het saldo van de beleggingsrekening bedraagt thans nul.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument verzoekt bij wijze van bindend advies primair te bepalen dat Aangeslotene aansprakelijk is voor de door Consument geleden schade, bestaande uit het verschil tussen de in de offerte van 8 juni 1999 genoemde aflossingsbedragen en het uiteindelijk ontvangen bedrag althans deze schade nader op te maken bij staat, en daarbij te bepalen dat Aangeslotene dit bedrag binnen twee weken na de uitspraak

aan Consument dient te voldoen.
Subsidiair verzoekt Consument te bepalen dat Aangeslotene is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht door Consument niet te adviseren over mogelijkheden haar schade te beperken en te bepalen dat Aangeslotene aansprakelijk is voor de door Consument geleden schade, nader op te maken bij staat, zowel primair als subsidiair te vermeerderen met rente en met veroordeling van Aangeslotene in de proceskosten.

4.2. Aan deze vordering legt Consument – kort gezegd – ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in nakoming van een op haar jegens Consument rustende (bijzondere) zorgplicht. Aangeslotene had informatie moeten inwinnen omtrent de financiële situatie, beleggingservaring en -doelstellingen van Consument. Als zij dat had gedaan dan had zij geweten dat Consument met zijn beleggingen een pensioendoelstelling had. Aangeslotene had Consument op basis daarvan moeten adviseren en in dat kader erop moeten wijzen dat de gekozen beleggingen te risicovol waren en dus niet pasten bij de doelstelling van Consument. Daarnaast had Aangeslotene, toen bleek dat de aflossingsbedragen niet gehaald zouden worden, Consument moeten adviseren over mogelijkheden zijn schade te beperken. Tot slot verwijt Consument Aangeslotene dat zij de beleggingsfondsen niet goed heeft beheerd waardoor de waardeontwikkeling van de beleggingen is achtergebleven bij wat had mogen worden verwacht.

4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie stelt vast dat Consument bij Aangeslotene een beleggingsrekening heeft geopend en door middel van het inschrijfformulier een keuze heeft gemaakt te beleggen in een drietal beleggingsfondsen die door Aangeslotene worden beheerd. Uit de stukken en het besprokene ter zitting blijkt dat Aangeslotene geen (beleggings)adviezen aan Consument heeft verstrekt.

5.2. Tussen Aangeslotene en Consument bestond aldus een rechtsverhouding op basis waarvan Aangeslotene enerzijds gehouden was de door Consument opgegeven effectenorders uit te voeren en anderzijds naar beste vermogen binnen de daarvoor vastgestelde grenzen de aangeboden beleggingsfondsen te beheren. Daarbij rust, anders dan Consument meent, op Aangeslotene geen plicht om Consument (ongevraagd) te adviseren omtrent de aard en inhoud van zijn beleggingskeuzes. De Commissie krijgt de indruk dat Consument uit de omstandigheid dat Aangeslotene verantwoordelijk was voor het beheer van de beleggingsfondsen heeft afgeleid dat Aangeslotene jegens haar is opgetreden als ‘vermogensbeheerder’ met alle daarbij behorende zorgplichten. Dat is echter niet het geval. De slotsom is dat op Aangeslotene geen plicht rust om Consument te adviseren of te waarschuwen met betrekking tot de aan zijn beleggingen verbonden risico’s, zodat Aangeslotene ook niet verweten kan worden dat zij dat niet heeft gedaan.

5.3. Tegenover het verwijt dat de beleggingsfondsen niet goed zouden zijn beheerd heeft Aangeslotene gesteld dat de door haar beheerde fondsen min of meer gelijk hebben gepresteerd als vergelijkbare fondsen en dat de opgetreden verliezen met name het gevolg zijn van de negatieve koersontwikkelingen als gevolg van de internetcrisis in de jaren na 2000 en de kredietcrisis in de jaren na 2007. Consument heeft daartegenover niet meer gesteld dan dat Aangeslotene dan maar moet aantonen dat zij wel voldoende gepresteerd heeft. Daarmee miskent Consument dat het op zijn weg ligt om tegenover de betwisting door Aangeslotene voldoende concrete feiten en omstandigheden te stellen waaruit kan volgen dat de door Aangeslotene beheerde beleggingsfondsen als gevolg van aan het door haar gevoerde beheer minder hebben gepresteerd dan vergelijkbare fondsen. Consument heeft dat niet gedaan, zodat de vordering ook op dit punt niet kan slagen.

5.4. Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot de conclusie dat de klacht ongegrond is en dat de vordering van Consument moet 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 Consument 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.