KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-99 d.d. 26 maart 2012
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, en de heren J.C. Buiter en drs. L.B. Lauwaars RA, leden en mevrouw mr. J.J. Guijt, secretaris)

Samenvatting

Adviseren. Bemiddelen. Verkeerde of onjuiste informatieverstrekking over werking van het product of dienst.
Consument heeft op advies van Aangeslotene een zogenaamde opeethypotheek afgesloten en heeft de daarbij vrijkomende gelden belegd. Consument verwijt Aangeslotene dat zij is tekort gekomen in de nakoming van haar zorgplicht jegens Consument en vordert compensatie van de daardoor door hem geleden schade. Naar het oordeel van de Commissie kan niet gezegd worden dat het destijds door Aangeslotene gegeven advies door een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur niet aan Consument gegeven had mogen worden. De Commissie constateert dat de voorlichting door Aangeslotene in de begeleidende brief bij het voorstel onjuist is geweest, maar deze tekortkoming kan niet tot schadevergoeding leiden nu Aangeslotene Consument voor de beleggingen in contact heeft gebracht met diverse professionele vermogensbeheerders die Consument blijkens het overgelegde dossier hebben voorgelicht over onder meer de risico's van de beleggingen, zodat Consument daarmee bekend moet worden verondersteld. Voor zover Consument Aangeslotene verwijt dat sprake is geweest van onnodige verhogingen van de bestaande hypotheken, versnelde aflossing en van het feit dat zijn vermogen niet is belegd overeenkomstig zijn doelstellingen, kan Aangeslotene geen verwijt worden gemaakt omdat haar rol daarbij beperkt is gebleven tot die van intermediair van Consument en cliëntenremisier. Aangeslotene kan wel over de periode november 2006 tot mei 2008 onbevoegd vermogensbeheer verweten worden, maar nu Consument niet heeft gesteld en ook niet door de Commissie kan worden vastgesteld dat deze handelwijze van Aangeslotene tot schade heeft geleden, kan ook dit handelen van Aangeslotene niet tot schadevergoeding aan Consument leiden. De Commissie wijst de vordering in al zijn onderdelen af.

1. Procedure

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 geschilbeslechting van 21 februari 2011;
- het antwoord van Aangeslotene van 25 november 2011;
- de door Consument ter zitting overgelegde pleitnota met bijlagen;
- de ter zitting door Aangeslotene overgelegde pleitnota; en
- het e-mailbericht van Aangeslotene van 15 maart 2012.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 15 februari 2012. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 In het voorjaar van 2001 heeft Consument (destijds 71 jaar oud) zich voor advies over vermogensplanning tot Aangeslotene gewend. Consument had een inkomen van ongeveer € 58.000 bruto per jaar en een beleggingsportefeuille van ongeveer € 235.000. De bezittingen van Consument bestonden uit twee woningen; één van deze woningen was belast met een hypotheek van € 67.000. Consument wilde van de overwaarde van deze woningen gebruikmaken als bron van inkomsten. Hij had geen partner en kinderen en wilde slechts een gering bedrag nalaten aan zijn huishoudster en een kerkgemeenschap.
2.2 Er heeft vervolgens een intake met Consument plaatsgevonden. Hierbij is een risico-enquêteformulier ingevuld en door Consument ondertekend. De inschatting van Aangeslotene was blijkens dit formulier dat Consument gematigd risico-avers was.
2.3 Bij brief van 12 april 2001 heeft Aangeslotene Consument een voorstel voor een X Hypotheek toegezonden, welk voorstel door Consument is geaccepteerd. In de begeleidende brief bij het voorstel is het volgende opgenomen:

> "Bij het samenstellen van het rapport ben ik uitgegaan van de volgende wensen:
> - De hypotheek wordt verhoogd naar ƒ 1.200.000. De maandlasten voor deze hypotheek worden onttrokken uit de overwaarde.
> - Per maand een extra netto inkomen van ƒ 6.000. Deze worden onttrokken uit de overwaarde.
> - Gedurende de eerste drie jaar is een bedrag van ƒ 400.000 veiliggesteld waaruit de onttrekking van de maandlasten van deze hypotheek alsmede de onttrekking voor het aanvullende inkomen van ƒ 6.000 per maand worden voldaan.
> - In het rapport (bladzijde 9) zie je een beleggingsportefeuille weergegeven op basis van 6,7 en 8% rendement. Wij kunnen momenteel de 7% rendementsprognose als garantie geven. Met de 8% garantie constructie zijn wij nog bezig. Echter, omdat er bij het vermogensbeheer wordt gewerkt met derivaten realiseren we jaarlijks daadwerkelijk inkomen. Dit staat geheel los van de ontwikkelingen van de beleggingsportefeuille. Een beleggingsportefeuille die is samengesteld op basis van "traditioneel" vermogensbeheer brengt veel meer risico met zich mee dan de beheersing van risico's op basis van de afdekking met de derivaten. Om jaarlijks inkomen te genereren kan het in een traditionele portefeuille voorkomen dat er aandelen verkocht moeten worden om dit inkomen te genereren op het moment dat de portefeuille een daling meemaakt (negatief staat). Bij een portefeuille die is afgedekt hebben we van tevoren rekening gehouden met de onttrekkingen die noodzakelijk zijn om het extra inkomen te genereren. Vandaar dat ik in het rapport

ook de 8% rendementsprognose weergeef. Bij een portefeuille die op een dergelijke wijze wordt samengesteld is een 8% prognose zeer reëel.
Kortom [naam Consument], ik hoop je met deze korte uiteenzetting duidelijk te hebben gemaakt dat je nagenoeg met 100% zekerheid kunt genieten van de "overwaarde en de bestaande portefeuille bij de Y" tot je 100e jaar. Ik heb dan nog niet eens rekening gehouden met het feit dat er nog een woning is in B en ik heb niet eens de gehele overwaarde van de woning in Z benut."

2.4 Als doelstellingen en uitgangspunten worden in het voorstel genoemd:
"Doelstellingen:
….Vormen van inkomen uit vermogen, uitgaande van de huidige fiscale wetgeving (naast inkomen uit arbeid)
….Vormen van een oudedagsvoorziening met gebruikmaking van verborgen vermogens;
….Vormen van onbelast vermogen zonder er in principe in besteedbaar inkomen op achteruit te gaan (budgettair neutraal)
Uitgangspunten:

1. Gebruikmaken van de overwaarde (dood kapitaal) van de eigen woning (uitgangspunt is een zo hoog mogelijke hypotheek).
2. Het daardoor beschikbare eigen geld storten op een girale beleggingsrekening of een effectenrekening.
3. Met het dividend uit de beleggingsrekening (eventueel) premies van de spaarverzekering betalen.
4. Optimalisering van rendement uit eigen geld bewerkstelligen.
5. met gebruikmaking van Personal Financial Planning, inkomsten- en vermogensstromen optimaliseren."

2.5 In de periode van juni 2001 tot augustus 2007 heeft Aangeslotene bemiddeld bij de totstandkoming van meerdere hypothecaire geldleningen**:**

- op of omstreeks juni 2001 heeft Consument door tussenkomst van Aangeslotene een hypotheek van € 544.536 (*ƒ* 1.200.000) op de woning te Z gevestigd bij Bank A N.V. waarmee tevens de bestaande hypotheek en rekening-courant werd afgelost. De rente bedroeg 5,6% per jaar voor 5 jaar vast;
- op 24 april 2003 heeft Consument door tussenkomst van Aangeslotene een offerte voor een hypothecaire geldlening bij Bank A N.V. ontvangen met een meer variabele rente (12-maands Euribor, op dat moment 3,38% per jaar. Deze offerte is op 12 mei 2003 door Consument ondertekend. De hypotheek op de woning te Z werd opgehoogd tot € 577.000;
- in december 2003 is door tussenkomst van Aangeslotene een hypotheek ten bedrage van € 125.000 op de woning te B tot stand gekomen bij C N.V.;
- medio 2005 werd de bij C N.V. gesloten hypotheek door tussenkomst van Aangeslotene op de woning te B overgesloten naar D B.V. en verhoogd tot € 220.000 met een variabele rente op 1-maands Euribor;
- rond de jaarwisseling 2006/2007 werd door tussenkomst van Aangeslotene de hypotheek met betrekking tot de woning te Z omgezet in een nieuwe hypotheek ten

bedrage van € 650.000 met een rente van 4,85% per jaar voor 10 jaar vast bij Bank E N.V.; en

- in augustus 2007 heeft Consument door tussenkomst van Aangeslotene de bij D gesloten hypotheek afgelost en overgesloten naar Bank A voor € 325.000. De hypotheekrente bedroeg 5,05% per jaar, resulterend in ongeveer € 1.350 per maand. Het bij oversluiting van de hypotheek vrijkomende bedrag, ongeveer € 90.000, werd op de geldrekening van Consument gestort.

2.6 Daarnaast heeft Aangeslotene Consument in contact gebracht met verschillende vermogensbeheerders, die het beheer hebben gevoerd over het belegd vermogen van Consument:

- Op 12 maart 2001 heeft Consument een vermogensbeheerovereenkomst gesloten met F N.V.. Het vermogen bij aanvang van de dienstverlening bedroeg ongeveer € 650.000. In de bijlage bij deze vermogensbeheerovereenkomst is het volgende vermeld:

  "Richtlijnen van de cliënt ten aanzien van het beheer van het vermogen:
  risicomijdend
  De beheerder streeft ernaar inkomen te genereren voor de cliënt. Zijn strategieën zijn gericht op de lange termijn en hebben meer een beleggingskarakter dan een speculatief karakter. Grote risico's worden vermeden of afgedekt, onder meer met behulp van opties en/of andere afgeleide financiële instrumenten."

- In augustus 2003 is F overgenomen en verder gegaan onder de naam G N.V. Omdat deze overname gevolgen bleek te hebben voor de kosten van het vermogensbeheer heeft Aangeslotene Consument voor de kostenverhoging gewaarschuwd en heeft zij Consument in contact gebracht met een nieuwe vermogensbeheerder, te weten H B.V., aan wie de beleggingsportefeuille per 1 maart 2004 is overgedragen. Het te beheren vermogen bedroeg op dat moment € 275.000 en zou worden belegd volgens het I profiel.
- Op 10 oktober 2006 heeft Consument de vermogensbeheerrelatie met H beëindigd en heeft één van de directeuren van Aangeslotene het vermogen van Consument via een speciale subrekening bij J Ltd. voor Consument beheerd. Op 7 november 2006 heeft Consument daartoe € 200.000 overgemaakt op de rekening van Aangeslotene. Dit bedrag is door Aangeslotene op 27 november 2006 doorgestort op de rekening van J. Op 28 februari 2007 heeft Consument vervolgens nog € 50.000 overgemaakt op de rekening van Aangeslotene, welk bedrag op 5 maart 2007 is doorgestort op de rekening van J.

2.7 Consument heeft gedurende de jaren 2001 tot en met 2007 veelvuldig gelden ten behoeve van privé-uitgaven aan het belegd vermogen onttrokken.

2.8 Begin 2008 heeft Aangeslotene op verzoek van Consument al zijn uitgaven over 2007 in kaart gebracht. Naar aanleiding van dit onderzoek heeft op 1 april 2008 een gesprek tussen partijen plaatsgevonden. Consument heeft Aangeslotene vervolgens gevraagd om een overzicht van de resultaten van zijn belegd vermogen dat via de speciale subrekening bij J door één van de directeuren van Aangeslotene werd beheerd. Na ontvangst daarvan heeft

Consument medio mei 2008 het bij J in beheer gegeven vermogen opgevraagd. Hierop heeft Aangeslotene op 29 mei 2008 een bedrag van € 250.000 aan Consument uitgekeerd.
2.9 In de loop van 2008 heeft nog een aantal besprekingen tussen partijen plaatsgevonden (onder meer op 7 augustus 2008 en 20 november 2008) waarbij de ontwikkeling van het vermogen ter sprake kwam. Consument gaf daarbij aan ontevreden te zijn over de vermogensontwikkeling sinds 2001.

3. Geschil

3.1 Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van € 250.000, zijnde een deel van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade, die hij begroot op totaal € 449.115. De te vergoeden schade bestaat uit het vermogensverlies op de aandelen en derivaten waarin Consument heeft belegd, uit onnodige extra rentekosten van de afgesloten hypotheken en uit bijkomende kosten (bestaande uit onder meer transactie-, bewaar- en vermogensbeheerkosten, extra kosten vervroegde aflossing en afsluitprovisie).
3.2 Aan zijn vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene haar zorgplicht heeft geschonden door:
1. adviezen uit te brengen die hebben geleid tot overkreditering als gevolg waarvan het volledige maandinkomen van Consument benodigd is om de rentelasten te kunnen voldoen;
2. Consument te adviseren de leningen te verhogen en de bestaande leningen versneld af te lossen, hetgeen tot extra en onnodige kosten heeft geleid;
3. bij de advisering af te wijken van de vooraf geformuleerde doelstelling om zonder een te hoog risico tot een aanvulling op het maandinkomen van Consument te komen, althans door niet na te gaan of bij de uitvoering van het vermogensbeheer werd gehandeld in overeenstemming met de vooraf geformuleerde doelstelling;
4. door Consument te adviseren onnodig hoge risico's te nemen waardoor aanzienlijke en hogere kosten zijn ontstaan dan rekening houdend met het vastgelegde beleggingsprofiel noodzakelijk was;
5. door geen deugdelijke rapportages te verstrekken waardoor het vermogensverlies verder is opgelopen dan noodzakelijk was; en
6. door Consument geen inzicht te verschaffen in de gemaakte kosten en het behaalde resultaat met betrekking tot het gedeelte van het vermogen van Consument dat op een subrekening bij J was belegd.
3.3 Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.
4.1 De Commissie verwerpt het verweer dat Consument alsnog in zijn klachten ten aanzien van de overkreditering en de onnodige verhogingen, althans versnelde aflossing, niet-

ontvankelijk moet worden verklaard omdat deze niet zien op financiële producten en beleggingsdiensten die werden aangeboden of verricht door Aangeslotene, maar op de door de verschillende kredietverstrekkers verstrekte kredieten en door de verschillende vermogensbeheerders verricht vermogensbeheer. De Commissie begrijpt voornoemde klachten van Consument aldus dat hij Aangeslotene verwijt dat haar adviezen tot overkreditering en onnodige verhogingen en versnelde aflossingen hebben geleid. Nu de klachten derhalve zien op de financiële dienstverlening door Aangeslotene aan Consument is sprake van een geschil in de zin van het Reglement dat door de Commissie kan worden behandeld.

4.2 De Commissie verwerpt ook het verweer dat Consument niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn klachten over de overkreditering en over het feit dat het vermogensbeheer niet in overeenstemming was met het vooraf geformuleerde doel, omdat hij daarover niet binnen één jaar nadat hij met de relevante feiten bekend was of hiermee bekend had moeten zijn, heeft geklaagd. De Commissie acht aannemelijk dat Consument pas op 16 februari 2009 concrete redenen heeft gevonden zich te beklagen over de advisering van Aangeslotene vanaf 12 april 2001. Begin 2008 bleek Consument dat zijn financiële situatie veel minder positief was dan hij tot dan toe had aangenomen. Hij heeft toen een registeraccountant opdracht gegeven te onderzoeken wat de oorzaak daarvan was. Er hebben daartoe ook diverse gesprekken tussen Aangeslotene en Consument plaatsgevonden. Nadat Consument begin 2009 het rapport van de registeraccountant heeft ontvangen, heeft hij op 16 februari 2009 een klacht bij Aangeslotene ingediend. De Commissie is dan ook van oordeel dat ook het bepaalde in artikel 10.1 onder a van het Reglement er niet aan in de weg staat dat de Commissie deze klachten behandelt.

4.3 Wat betreft de inhoudelijke kant van het geschil, merkt de Commissie het volgende op. De Commissie heeft te beoordelen of Aangeslotene is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht jegens Consument. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene Consument op 12 april 2001 een voorstel voor een X Hypotheek heeft gedaan. Na acceptatie van het voorstel door Consument is de uitvoering ervan gelegd bij vermogensbeheerders. De rol van Aangeslotene is na voornoemd gegeven advies - behoudens ten aanzien van het vermogensbeheer op de subrekening van J - beperkt gebleven tot die van intermediair van Consument, cliëntenremisier en als hulp bij belastingaangiftes. Dat Consument ten onrechte de indruk heeft gehad dat Aangeslotene een veel grotere rol moest worden toegekend, kan Aangeslotene niet worden verweten nu zij naar het oordeel van de Commissie nooit de schijn heeft gewekt dat zij anders dan als intermediair zou optreden.

4.4 Ten aanzien van het door Aangeslotene op 12 april 2001 aan Consument gegeven advies overweegt de Commissie als volgt. Volgens de destijds heersende opvattingen was het niet ongebruikelijk en werd het evenmin als bijzonder risicovol beschouwd om de overwaarde van de woning via een hypotheek te (her)beleggen. Mede met het oog daarop kan naar het oordeel van de Commissie niet gezegd worden dat het destijds gegeven advies door een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur niet aan Consument, die blijkens het risico-enquêteformulier gematigd risico-avers was, gegeven had mogen worden.

4.5 De Commissie constateert evenwel dat de voorlichting door Aangeslotene in de begeleidende brief bij het voorstel van 12 april 2001 onjuist is geweest. Ondanks het feit dat het gedane voorstel vele risico's kende, waaronder het risico van vermogensverlies en het risico dat het beoogde rendement niet wordt gehaald, heeft Aangeslotene de sfeer gecreëerd van een risicoloos product. Aangeslotene spreekt in haar hiervoor onder 2.3 geciteerde brief immers over een 7% rendementsprognose als garantie en stelt dat Consument nagenoeg met 100% zekerheid kan genieten van de overwaarde en de bestaande portefeuille bij een bank tot zijn 100e jaar.
4.6 Hoewel Aangeslotene in zoverre een verwijt treft, meent de Commissie dat de tekortkoming in dit geval niet tot schadevergoeding kan leiden. De Commissie constateert dat Consument uit de verschillende vermogensrapportages die hij heeft ontvangen, bekend was of had moeten zijn met de afname van zijn vermogen. Wanneer dit niet aan zijn doelstellingen beantwoordde, had hij daarover moeten klagen of daaraan iets moeten doen door bijvoorbeeld zijn consumptieve bestedingen terug te dringen. De Commissie acht aannemelijk dat de schade dan voorkomen of beperkt had kunnen worden. De verantwoordelijkheid voor het niveau van privé-uitgaven ligt bij Consument. Consument heeft evenwel gedurende de gehele periode vanaf het verstrekte advies in 2001 nagelaten maatregelen te treffen. Voor zover de schade verband zou houden met hiergenoemde gebreken in de voorlichting heeft Consument niet voldaan aan de op hem rustende wettelijke verplichting tot beperking van zijn schade. Voorts kan de Commissie er niet aan voorbij gaan dat Aangeslotene Consument voor de beleggingen in contact heeft gebracht met diverse professionele vermogensbeheerders die Consument blijkens het overgelegde dossier hebben voorgelicht over onder meer de risico's van de beleggingen, zodat hij daarmee bekend moet worden verondersteld. In het voorgaande ziet de Commissie dan ook aanleiding om het door Consument ondervonden nadeel voor zijn eigen rekening te laten.
4.7 Voor zover Consument Aangeslotene voorts verwijt dat sprake is geweest van onnodige verhoging van de bestaande hypotheken, dan wel versnelde aflossing daarvan, merkt de Commissie op dat Aangeslotene na de totstandkoming van haar advies van 12 april 2001, welk advies heeft geleid tot de totstandkoming van de eerste hypotheek, zoals hiervoor onder 4.3 reeds overwogen, slechts heeft opgetreden als intermediair en niet als adviseur. Consument heeft zelf de overeenkomsten met de hypotheekverstrekkers gesloten. Aangeslotene kan daarvan derhalve geen verwijt worden gemaakt.
4.8 Over de stelling van Consument dat Aangeslotene zijn vermogen niet overeenkomstig zijn doelstellingen heeft belegd en dat er rekening houdend met het vastgelegde beleggingsprofiel onnodig hoge risico's zijn genomen, merkt de Commissie op dat Aangeslotene ook daarvan geen verwijt kan worden gemaakt. Consument heeft daartoe immers vermogensbeheerovereenkomsten gesloten met vermogensbeheerders. De taak van Aangeslotene daarbij was slechts beperkt tot die van cliëntenremisier.
4.9 Ook de klacht inhoudende dat geen deugdelijke rapportages zijn verstrekt waardoor het vermogensverlies verder is opgelopen dan noodzakelijk was, stuit naar het oordeel van de Commissie reeds af op het feit dat het niet tot de taak van Aangeslotene behoorde deze rapportages te verstrekken, maar tot de taak van de vermogensbeheerders. Ook dit klachtonderdeel faalt derhalve.

4.10 Ten aanzien van de klacht dat Consument geen inzicht heeft gehad in de gemaakte kosten en het behaalde resultaat van het gedeelte van zijn vermogen dat werd belegd op een subrekening van J, overweegt de Commissie als volgt.
Vast staat dat één van de directeuren van Aangeslotene - nadat Consument de vermogensrelatie met H had beëindigd - het vermogen van Consument in de periode november 2006 tot en met mei 2008 via een speciale subrekening bij J als vermogensbeheerder heeft beheerd, terwijl zij niet over de daartoe vereiste vergunning beschikte. Hoewel Aangeslotene heeft aangevoerd dat zij van dit vermogensbeheer melding heeft gedaan bij de AFM, heeft Aangeslotene met dit onbevoegde vermogensbeheer gehandeld in strijd met artikel 2:96, eerste lid, Wet op het financieel toezicht. Nu Consument evenwel niet heeft gesteld en ook niet door de Commissie kan worden vastgesteld dat deze handelwijze van Aangeslotene tot schade heeft geleden, kan dit handelen van Aangeslotene niet tot schadevergoeding aan Consument leiden.
4.11 Het voorgaande leidt tot de conclusie 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.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering 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.