Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-65 d.d. 27 februari 2013
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, J.C. Buiter en mr. H.J. Schepen, leden en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

De financieel adviseur van Consumenten heeft een financiële constructie geadviseerd waarbij Consumenten een hypothecaire geldlening ter grootte van de overwaarde van hun woning zouden afsluiten om dit bedrag te gaan beleggen in een aantal beleggingsfondsen. Omdat deze adviseur niet over de vereiste bemiddelingsvergunning beschikte om de hypothecaire financiering tot stand te brengen hebben Consumenten zich vervolgens tezamen met hun financieel adviseur tot Aangeslotene gewend. Via bemiddeling van Aangeslotene is de onderhavige constructie tot stand gekomen. Al snel dalen de beleggingen dusdanig in waarde, dat Consumenten de financiële verplichtingen van de hypothecaire geldlening niet meer kunnen dragen. Zij stellen Aangeslotene aansprakelijk voor de door hun geleden schade. De Commissie is met Aangeslotene van oordeel dat Aangeslotene louter als bemiddelaar is opgetreden. Daarnaast is het de Commissie niet gebleken dat Aangeslotene niet zou hebben gehandeld als van een redelijk bekwaam en redelijk handelend bemiddelaar mag worden verwacht. Tot slot is de Commissie van oordeel dat in dit geval geen ruimte bestaat voor een uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende bijzondere zorgplicht als gevolg waarvan Aangeslotene, ook in diens hoedanigheid als bemiddelaar, een vergaande informatie, onderzoeks- en waarschuwingsplicht in de precontractuele fase jegens hen in acht had moeten nemen. De Commissie wijst de vordering van Consumenten af.

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;
- de ter zitting door de raadsman van Consumenten overgelegde pleitnota; en
- de ter zitting door de raadsman van Aangeslotene overgelegde pleitnota.

2. Overwegingen

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies van de Commissie als niet bindend aanvaarden.

Voorts stelt de Commissie vast dat Consumenten op 6 december 2012, voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling ter zitting, nog aanvullende stukken hebben ingediend. De Commissie stelt vast dat deze stukken te laat zijn ingediend en zij deze in haar beoordeling buiten beschouwing zal laten.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op woensdag 19 december 2012.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. De onafhankelijk financieel adviseur van Consumenten heeft hen een financiële constructie aangeraden waarbij de overwaarde op de woning volledig belegd zou worden in een aantal beleggingsfondsen. In dat kader is de woning van Consumenten getaxeerd op een onderhandse verkoopwaarde van € 1.165.000,00 en een executiewaarde van € 950.000,00. Deze adviseur bemiddelde op dat moment niet (meer) in hypothecaire geldleningen. Daarom heeft zij Consumenten doorverwezen naar Aangeslotene.

3.2. Op 17 januari 2007 heeft er, in aanwezigheid van genoemde financieel adviseur, een eerste gesprek plaatsgevonden tussen Aangeslotene en Consumenten. Zij hebben Aangeslotene verzocht te bemiddelen in de totstandkoming van een hypothecaire geldlening overeenkomstig het verstrekte advies. De financiering zou dienen als overbrugging voor de periode na beëindiging van de ambtsperiode van X als wethouder en het moment waarop hij voldoende inkomsten uit de door hem op te zetten advocatenpraktijk zou gaan genereren.

3.3. Een en ander heeft geresulteerd in een hypothecaire financiering van € 940.000,-. Van de leensom van € 940.000,- is de bestaande hypothecaire geldlening van € 350.000,- afgelost en is € 150.000,- aangewend ter verbouwing van een zich op het terrein van de woning bevindend bijgebouw.

De overige € 440.000,- zijn als volgt aangewend:
- € 200.000,- belegd in het Tielkemeijer Allegretto Fund;
- € 130.000,- in beheer gegeven bij vermogensbeheerder C;
- € 45.000,- belegd in het Titans Fund, beheerd door vermogensbeheerder A;
- € 10.000,- voor provisiebetalingen;
- € 30.000,- gestald op een spaarrekening; en
- € 25.000,- aan overige kosten (waaronder rentebetalingen).

3.4. Vanaf 2008 zijn de koersen van de beleggingen van Consumenten aanzienlijk gedaald waardoor zij vanaf september 2008 liquiditeitsproblemen hadden en zij de rentelasten van de hypothecaire geldlening niet meer konden dragen. Zij hebben zich toen tot hun financieel adviseur gewend. Besloten is toen een levenverzekeringspolis af te kopen.

3.5. In juni 2009 hebben Consumenten zich wederom tot hun financieel adviseur gewend omdat zij bezorgd waren over de beleggingsverliezen. Laatstgenoemde heeft toen een onafhankelijk financieel deskundige ingeschakeld en hem verzocht de beleggings-portefeuille door te lichten. Deze deskundige heeft onder meer geconcludeerd dat de aangeraden financiële constructie veel te risicovol was en niet in overeenstemming was met het risicoprofiel van Consumenten.

3.6. Bij brief van 7 september 2009 hebben Consumenten vervolgens Aangeslotene aansprakelijk gesteld voor de door hun geleden schade.

3.7. Op 1 juli 2012 zijn Consumenten tot verkoop van hun woning overgegaan.

3.8. In september 2012 zijn Consumenten tegen finale kwijting over en weer, een regeling in der minne met de geldverstrekker ten bedrage van € 27.322,92 overeengekomen.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consumenten vorderen dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 242.032,04 + p.m.

Dit bedrag is opgebouwd uit de volgende bedragen;
- het beleggingsverlies van € 148.875,16;
- taxatiekosten € 446,25;
- notariskosten € 1.174,59;
- afsluitprovisie € 9.400,00;
- provisie en bewaarloon B € 3.351,28;
- beheerfee C € 3.312,41;
- beheervergoeding C € 1.819,86;
- advocaatkosten tot 1 oktober 2011€ 20.590,64;
- rente over de hypothecaire geldlening tot 1 oktober 2011 € 90.695.00;
- wettelijke rente vanaf 30 september 2009; en
- te verminderen met de onttrekkingen C ad € 47.500 -/-.

4.2. Aan deze vordering leggen Consumenten ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht. Aangeslotene heeft een ondeugdelijk advies aan hen verstrekt en hen bovendien niet gewaarschuwd voor de risico's van de financiële constructie, waaronder het ontstaan van een restschuld.

Daarnaast stond de leensom niet in verhouding tot het inkomen van Consumenten. De financiële constructie had dan ook nooit verstrekt mogen worden.

4.3. Aangeslotene heeft de stellingen van Consumenten gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

5. Beoordeling

5.1. *Verweer tot niet-ontvankelijkheid*
Alvorens de klacht inhoudelijk te kunnen behandelen, dient de Commissie zich uit te spreken over de ontvankelijkheid van de klacht. Aangeslotene stelt, samengevat, dat Consumenten niet overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) binnen bekwame tijd hebben geprotesteerd. Aangeslotene voert hiertoe onder meer aan dat in september 2008 en januari 2009 Consumenten reeds genoodzaakt waren hun bestaande vermogen aan te spreken teneinde de maandelijkse financiële verplichtingen van de hypothecaire financiering te voldoen en zagen zij zich geconfronteerd met een fors koersverlies op de beleggingen. Op dat moment hadden zij het vermeende gebrek in de prestatie van Aangeslotene dienen te ontdekken. Consumenten hebben zich vervolgens pas op 7 september 2009 bij Aangeslotene beklaagd. Hiermee hebben zij de klacht niet tijdig aan Aangeslotene voorgelegd.

5.2. De Commissie overweegt als volgt. Zoals overwogen in HR 8 februari 2013, LJN BY4600 (r.o. 4.3.2 ev.), behoefden Consumenten niet zonder meer op de hoogte te zijn van het bestaan van een zorgplicht van Aangeslotene, terwijl zij, indien zij daarvan wel op de hoogte waren, in beginsel ervan uit mochten gaan dat Aangeslotene die zorgplicht jegens hen heeft nageleefd. Het niet naleven van de zorgplicht is derhalve niet een tekortkoming van Aangeslotene die Consumenten zonder meer behoren op te merken. Op Consumenten rust dan ook pas op grond van artikel 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of Aangeslotene de zorgplicht jegens hen heeft nageleefd, indien zij van die zorgplicht op de hoogte zijn en gerede aanleiding hebben te veronderstellen dat Aangeslotene daarin kan zijn tekortgeschoten. De omstandigheid dat de bewuste beleggingen, een tegenvallend rendement hebben of tot verliezen leiden, wijst niet zonder meer op een tekortschieten van Aangeslotene. Deze enkele omstandigheid behoeft voor Consumenten, – in tegenstelling tot hetgeen Aangeslotene heeft betoogd – dan ook in beginsel niet een reden voor onderzoek te zijn. Het hiervoor overwogene geldt des te meer indien Aangeslotene geruststellende mededelingen doet, – hetgeen in dit geval aan de orde is geweest –. Consumenten mochten immers in beginsel afgaan op dergelijke mededelingen van Aangeslotene als de in de onderlinge verhouding deskundige partij.

5.3. Uit de stukken blijkt dat Consumenten in de zomer van 2009, mede naar aanleiding van de verontrustende bevindingen van een onafhankelijk financieel deskundige, tot de conclusie kwamen dat het verstrekte advies gezien hun leeftijd, inkomenspositie en het einddoel, geenszins passend was en nooit verstrekt had mogen worden. Op dat moment zijn Consumenten bekend geworden met het tekortschieten door Aangeslotene in haar zorgplicht. Op grond van artikel 6:89 BW hadden Consumenten vanaf dat moment binnen bekwame tijd dienen te protesteren. Daarbij moet hen een redelijke tijd van beraad worden gegund. Nu Consumenten zich in september 2009 tot Aangeslotene hebben gewend is de Commissie van oordeel dat Consumenten binnen bekwame tijd bij Aangeslotene hebben geprotesteerd. De Commissie verklaart Consumenten derhalve ontvankelijk in hun klacht.

5.4. *Beoordeling van de klacht*
Gezien het voorgaande zal de Commissie overgaan tot inhoudelijke beoordeling van de klacht. In de kern komt de klacht van Consumenten erop neer dat Aangeslotene niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel bemiddelaar en/of adviseur verwacht had mogen worden omdat zij Consumenten een ondeugdelijk advies heeft verstrekt door een te hoge lening te adviseren zonder hen daarbij te waarschuwen voor de risico's van beleggen met geleend geld. Aangeslotene is schadevergoedingsplichting omdat Consumenten de financiële constructie nooit zouden zijn aangegaan, indien zij voldoende zouden zijn voorgelicht.

5.5. *Relatie Consumenten en Aangeslotene*
Aangeslotene stelt zich – kort gezegd – op het standpunt dat zij niet als adviseur, maar uitsluitend als bemiddelaar heeft gehandeld. In dat kader hebben enkele gesprekken met Consumenten (in aanwezigheid van hun financieel adviseur) plaatsgevonden om voor hen een zo hoog mogelijke geldlening te verkrijgen voor het oversluiten van de bestaande hypothecaire geldlening, het realiseren van een verbouwing en het gaan beleggen.

5.6. De Commissie overweegt als volgt. Hoewel de exacte inhoud van de destijds gevoerde gesprekken niet gereconstrueerd kan worden, staat vast dat het advies om de overwaarde van de woning in beleggingsfondsen te storten door de toenmalig financieel adviseur van Consumenten is verstrekt. Tevens staat vast dat deze adviseur niet over de vereiste bemiddelingsvergunning beschikte om dat advies te realiseren. Verder staat vast dat Consumenten zich tezamen en op aanraden van deze adviseur tot Aangeslotene hebben gewend, – die wel over de vereiste vergunning beschikte, – met het verzoek een hypothecaire financieringsovereenkomst overeenkomstig het reeds uitgebrachte advies tot stand te brengen.

5.7. 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 (Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2013/17). Gelet op de onder 5.6. vastgestelde feitelijke gang van zaken is de Commissie van oordeel dat tussen partijen in elk geval geen sprake is geweest van een adviesrelatie.

5.8. Ten aanzien van het standpunt van Aangeslotene dat tussen partijen enkel sprake is geweest van een bemiddelingsrelatie, overweegt de Commissie als volgt. Overeenkomstig artikel 7:425 BW is een bemiddelingsovereenkomst een bijzondere vorm van de overeenkomst van opdracht waarbij de opdrachtnemer zich tegenover de opdrachtgever verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden. Zie in ongeveer gelijke zin art. 1:1 Wft. Aangeslotene heeft ter zitting toegelicht dat Consumenten tezamen met hun financieel adviseur bij hem zijn gekomen met het verzoek te bemiddelen in de totstandkoming van de hypothecaire geldlening overeenkomstig het verstrekte advies. De financiering zou dienen als overbrugging van de periode die zou beginnen na het einde van de ambtsperiode van X als wethouder en zou eindigen op het moment dat X voldoende inkomsten zou genereren uit de op te zetten advocatenpraktijk in het op te knappen bijgebouw van hun woning, hetgeen ook niet, althans onvoldoende, door Consumenten is weersproken. Het feit dat Aangeslotene uitsluitend een hypothecaire geldleningsovereenkomst tussen de aanbieder en Consumenten tot stand heeft gebracht en Consumenten zich hierbij bovendien lieten bijstaan door een onafhankelijk financieel adviseur, rechtvaardigt naar het oordeel van de Commissie de conclusie dat Aangeslotene louter in de hoedanigheid van bemiddelaar is opgetreden. Consumenten hebben dan ook onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is geweest van een adviesrelatie. Gelet op het hiervoor overwogene gaat de Commissie er in haar beoordeling van uit dat uitsluitend een bemiddelingsrelatie (zonder advies) tussen partijen bestond. In die situatie komt de Commissie niet meer toe aan de vraag of er sprake van een ondeugdelijk advies is geweest.

5.9. Aldus is tussen partijen een specialis van de overeenkomst van opdracht tot stand gekomen, te weten de overeenkomst van bemiddeling, waarbij het rechtsregime van bedoelde generalis van toepassing is voor zover daar in de specialis niet van wordt afgeweken. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:401 BW is Aangeslotene daarbij als opdrachtnemer gehouden om bij de uitvoering van haar werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. In de verhouding tussen Consumenten en Aangeslotene als bemiddelaar brengt dit mee dat Aangeslotene bij de uitvoering van haar bemiddelingswerkzaamheden dient te handelen overeenkomstig hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend bemiddelaar mag worden verwacht. Dit betekent onder meer dat hij navraag moet doen naar hetgeen de opdrachtgever precies voor ogen heeft en hem op de hoogte moet houden van zijn inspanningen. Vergelijk HR 20 december 2002, NJ 2003, 325 en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV, nr. 303. De door Aangeslotene onder 5.8. gegeven toelichting op de feitelijke gang van zaken

– die door Consumenten onvoldoende is weersproken – komt de Commissie niet onredelijk voor. Te meer nu de aangevraagde financiering is geaccepteerd door de aanbieder. Het is de Commissie dan ook anderszins niet gebleken dat Aangeslotene niet zou hebben gehandeld als van een redelijk bekwaam en redelijk handelend bemiddelaar mag worden verwacht.

5.10. *Bijzondere zorgplicht*
Daarnaast stellen Consumenten zich – kort gezegd – op het standpunt dat tevens sprake is van een uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende bijzondere zorgplicht als gevolg waarvan Aangeslotene, ook in diens hoedanigheid als bemiddelaar, een vergaande informatie, onderzoeks- en waarschuwingsplicht in de precontractuele fase jegens hen in acht had moeten nemen. Zij verwijzen hierbij onder meer HR 5 juni 2009, LJN BH 2815.

5.11. De Commissie overweegt als volgt. Voor de reikwijdte van de op Aangeslotene rustende (bijzondere) zorgplicht geldt dat deze afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaring van de desbetreffende opdrachtgever, de ingewikkeldheid van het betreffende beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's. Hierbij komt in het bijzonder betekenis toe aan de aard van de overeengekomen dienstverlening. Vergelijk r.o. 4.6.2. HR 5 juni 2009, LJN BH 2822. Als onder punt 5.8. vastgesteld was sprake van een bemiddelingsovereenkomst (pur sang) waarbij Aangeslotene op verzoek van Consumenten een hypothecaire geldleningsovereenkomst met een aanbieder tot stand heeft gebracht. Consumenten hebben zich hierbij laten adviseren en bijstaan door een onafhankelijk financieel adviseur. Dat Consumenten achteraf menen dat het aan hen verstrekte advies ondeugdelijk was, kan aan Aangeslotene in haar hoedanigheid als bemiddelaar dan ook niet worden verweten, in elk geval niet omdat zij er niet uitdrukkelijk op is gewezen dat sprake was van een pensioendoelstelling, hetgeen ook niet, althans onvoldoende, is weersproken door Consumenten. Onder deze omstandigheden is onder meer naar het oordeel van de Commissie Aangeslotene in dit geval niet tekortgeschoten in zijn (bijzondere) zorgplicht.

5.12. Nu Aangeslotene naar het oordeel van de Commissie heeft gehandeld als redelijk handelend en redelijk bekwaam bemiddelaar en haar evenmin is gebleken dat Aangeslotene toerekenbaar tekortschoten is in de nakoming van haar zorgplicht, ziet zij dan ook geen juridische grondslag voor toewijzing van de vordering van Consumenten.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij niet 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.