Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-241 d.d. 3 juni 2016
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mr. B.F. Keulen en mr. A.P. Luitingh, leden en mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

Consumenten hebben bij de Bank een hypothecaire geldlening afgesloten. Consumenten stellen dat de Bank de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht heeft geschonden door (1) een hogere geldlening te verstrekken dan gelet op hun inkomens- en vermogenspositie passend was, (2) het toestaan van onttrekkingen en speculatieve optietransacties ten aanzien van het saldo op de verpande effectenrekening en (3) de effectenportefeuille (te vroeg) te liquideren. De Commissie overweegt dat de Bank bij de beoordeling van de financieringsaanvraag weliswaar is uitgegaan van toekomstverwachtingen, maar dat deze verwachtingen gezien de door Consumenten op deze punten verstrekte bescheiden alleszins reëel waren. Van overkreditering is geen sprake. Voorts overweegt de Commissie dat nergens in de door partijen overgelegde stukken is terug te vinden dat het saldo op de verpande effectenrekening fungeerde als bron van vermogensgroei ter aflossing van de geldlening, zodat niet gesteld kan worden dat de Bank gehouden zou zijn erop toe te zien dat dit saldo behouden zou blijven. De Commissie verwerpt ten slotte de stelling van Consumenten dat de Bank de effectenportefeuille (te vroeg) heeft geliquideerd. Geconcludeerd wordt dat de Bank niet is tekortgeschoten in haar zorgplicht en dat de vorderingen van Consumenten dienen te worden afgewezen.

Consument 1 respectievelijk Consument 2 en tezamen Consumenten,

tegen

de coöperatie Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Utrecht, hierna te noemen de Bank.

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 door Consumenten ondertekende klachtformulier inclusief bijlagen;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consumenten;
- de dupliek van de Bank;
- de door de gemachtigde van Consumenten tijdens de mondelinge behandeling overgelegde pleitnota.

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 29 april 2016 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Consumenten hebben in maart 2008 – als hoofdelijk schuldenaren – met de Bank een hypothecaire geldlening (hierna: 'geldlening') gesloten met een hoofdsom van € 1.400.000,- ten behoeve van de financiering van de woning gelegen aan de [straat] te [plaats]. De gehele hoofdsom is aflossingsvrij. Als zekerheid voor de terugbetaling van de geldlening heeft de Bank een recht van eerste hypotheek ter grootte van € 1.500.000,- verkregen op de hiervoor genoemde woning. Daarnaast heeft de Bank een pandrecht verkregen op het saldo op een of meerdere effectenrekeningen van Consument 2 bij de Bank, waarbij op hem de verplichting rustte om eenmalig een bedrag van € 300.000,- te storten op deze effectenrekening(en). Ook heeft de Bank een pandrecht verkregen op de rechten voortvloeiend uit een overlijdensrisicoverzekering bij Scottish Mutual.

3.2. In het kader van de financieringsaanvraag zijn onder andere een aanvraagformulier met bijbehorende toelichting, een curriculum vitae van Consument 2 en overzichten met betrekking tot de vermogenspositie van Consument 2 overgelegd.

3.3. In de aanbiedingsbrief van 19 maart 2008 behorende bij de hypotheekofferte is – voor zover relevant – het volgende vermeld:

"(….)
Aflossing
U wilt niets aflossen. Er blijft dus een restschuld bestaan. Hiervoor wilt u zelf bepalen hoe en wanneer u deze aflost. De waarde van uw belegging kan fluctueren. In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst.
(…)
Aflossingsvrije Hypotheek € 1.400.000,-
Omdat u zelf wilt bepalen hoe en wanneer u deze lening aflost. past de Aflossingsvrije Hypotheek van de Rabobank goed bij u. Bij deze hypotheekvorm betaalt u tijdens de looptijd alleen rente.
(…)
Beleggersrekening
Op uw beleggersrekening stort u eenmalig een bedrag van € 300.000,–. Bij de keuze van de beleggingsfondsen bent u volledig vrij. Het kapitaal dat u opbouwt, wordt verpand aan de bank.
(….)"

3.4. In de hypotheekofferte van 19 maart 2008, welke door Consumenten voor akkoord is ondertekend, is – voor zover relevant – het volgende vermeld:

"(…)
Overige bepalingen
(…)

- *De financiering is hoger dan de huidige waarde van de woning. Hierdoor loopt u het risico dat bij verkoop van de woning er een schuld resteert. De adviseur heeft u gewezen op dit risico en op de risico's en gevolgen van een restschuld. U heeft jegens de bank verklaard deze risico's en gevolgen te begrijpen en te aanvaarden.*
- *Deze financiering is gebaseerd op uw beide inkomens. Dit betekent dat als één van de inkomens wegvalt of sterk vermindert u betalingsproblemen kunt krijgen en u gedwongen kunt worden het verbonden registergoed (doorgaans uw woning) te verkopen. U heeft jegens de bank verklaard deze risico's te begrijpen en te aanvaarden.*
- *Het bedrag van de in deze offerte aangeboden financiering is hoger dan het bedrag dat u standaard op basis van de normen van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen kunt lenen. Dit kan voor u tot betalingsproblemen leiden en hierdoor kunt u gedwongen worden het verbonden registergoed (doorgaans uw woning) te verkopen. Door ondertekening van deze offerte verklaart u dat de bank u heeft gewezen op de overschrijding van de normen en de daaraan verbonden risico's en dat u deze risico's begrijpt en aanvaardt.*

(…)

- *De huidige verstrekking is gebaseerd op het toekomstig inkomen van de heer [X], u voldoet hierdoor niet aan de inkomens/lasten normen van de Rabobank organisatie. Zolang het inkomen van [X] ontoereikend is voor de financiering zal het vermogen van € 300.000,- aan Rabobank Leiden, Leiderdorp en Oegstgeest worden verpand. Zodra door inkomen wel aan de inkomenslastenverhouding wordt voldaan zal het vermogen aan de bank verpand worden in verband met de zekerheid van uw woning, tenzij aflossingsregeling overeen is gekomen.*

3.5. In het document 'Overzicht gehanteerde gegevens' dat als bijlage bij de offerte is gevoegd en door Consumenten is geparafeerd, is – voor zover relevant – het volgende vermeld:

*"**Uw gegevens***
De heer [X]

Geboortedatum	*: 2 september 1960*	
Bruto jaarinkomen (begroot)	*: €*	*250.002,–*
Pensioeninkomen	*: €*	*0,–*

Mevrouw [Z]

Geboortedatum	*: 2 juli 1973*	
Bruto jaarinkomen	*: €*	*60.000,–*
Pensioeninkomen	*: €*	*0,–*

De gehanteerde gegevens in dit overzicht zijn in overleg met u tot stand gekomen. Voor eventuele onjuistheden aanvaardt de Rabobank geen aansprakelijkheid."

3.6. Na het openen van de onder 3.1. genoemde effectenrekening hebben partijen de 'Overeenkomst Rabo Direct Beleggen' (execution only) gesloten. Ook heeft Consument 2 een 'Verklaring inzake Optiehandel Euronext' ondertekend. De Bank heeft het doelrisicoprofiel vastgesteld op offensief. In juni 2009 is het doelrisicoprofiel gewijzigd in zeer offensief.

3.7. Op 1 oktober 2008 is Consument 2 een dienstbetrekking aangegaan met een bijbehorend salaris van € 300.000,-.

3.8. Bij e-mailbericht van 4 augustus 2011 heeft de Bank Consument 2 – voor zover relevant – het volgende meegedeeld:

"(…)
Hierbij informeer ik je dat er gisteren een margin overschrijding is ontstaan. Deze overschrijding moet uiterlijk 10 augustus zijn opgelost.
(…)"

3.9. Bij e-mailbericht van 8 augustus 2011 heeft de Bank Consument 2 – voor zover relevant – het volgende meegedeeld:

"(…)
De marginoverschrijding is inmiddels opgelopen tot 168%. Uit onze gegevens blijkt dat de overschrijding op 2 augustus is komen te ontstaan. Dit betekent dat de overschrijding op 9 augustus voor beurssluiting moet zijn opgelost in plaats van 10 augustus zoals eerder gemeld.

Mocht de overschrijding op 9 augustus niet zijn opgelost, zullen wij posities voor je gaan sluiten.
(…)"

3.10. Consument 2 heeft hierop bij e-mailbericht van 9 augustus 2011 gereageerd. In zijn e-mailbericht schrijft Consument 2 onder meer het volgende:

"(…)
Ik zou graag gebruik willen maken van de Euro 100,000 ruimte die wij nog hebben in de hypotheek overeenkomst om tijdelijk de huidige margeverplichting te dekken.
(…)"

3.11. De Bank heeft hierop bij e-mailbericht van 9 augustus 2011 gereageerd. In haar e-mailbericht schrijft de Bank onder meer het volgende:

"(…)
Er is inderdaad sprake van een hogere hypothecaire inschrijving echter om hiervan gebruik te kunnen maken dient een financieringsaanvraag opgesteld te worden.
(…)
In een eerder gesprek hebt u aangegeven over vermogen elders te beschikken ik raad u met klem aan deze middelen aan te wenden indien u wilt voorkomen dat wij posities voor u gaan sluiten.
(…)"

3.12. Per dekkingsoverzicht van 10 augustus 2011 heeft de Bank Consument 2 geïnformeerd over het sluiten van de posities.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consumenten vorderen vergoeding van de door hen als gevolg van het handelen van de Bank geleden schade. Deze schade bestaat uit de volgende onderdelen:
- kapitaalverlies en (te veel) betaalde rentelasten als gevolg van overkreditering;
- schade als gevolg van het niet zorgvuldig handelen ten aanzien van het zekerheidskapitaal, te weten het saldo op de verpande effectenrekening.

4.2. Aan deze vordering leggen Consumenten ten grondslag dat de Bank de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht heeft geschonden door:
- een hogere geldlening te verstrekken dan gelet op hun inkomens- en vermogenspositie passend was. Daarbij verwijten Consumenten de Bank dat zij heeft nagelaten (grondig) onderzoek te doen naar de financiële positie van haar toekomstige wederpartijen.
- het toestaan van onttrekkingen en speculatieve optietransacties ten aanzien van het saldo op de verpande effectenrekening. Volgens Consumenten fungeerde het bedrag van € 300.000,- op de effectenrekening als bron voor vermogensgroei ter aflossing van de geldlening. De Bank had ervoor moeten zorgen dat dit zekerheidskapitaal minimaal de waarde van € 300.000,- zou blijven behouden gedurende een periode van 30 jaar.
- de effectenportefeuille (te vroeg) te liquideren en de posities in de portefeuille te sluiten. Een cruciale factor hierbij was de foutieve communicatie van de Bank binnen welke tijdspanne het margintekort aangevuld diende te worden.

4.3. De Bank heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- De Bank beroept zich op artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW') en stelt dat Consumenten te laat hebben geklaagd. Consumenten waren kort na het aantrekken van de financiering bekend met de thans door hun (vermeend) gestelde omstandigheden en waren zich ook bewust of hadden zich bewust moeten zijn van de stellingen die zij thans innemen. Indien Consumenten eerder hun klacht hadden geuit, dan had de Bank de vermeend gestelde schade kunnen voorkomen. Nu Consumenten jaren niets hebben gedaan of laten blijken, mocht de Bank er gerechtvaardigd op vertrouwen dat Consumenten geen klacht(en) zouden hebben.
- Er is geen sprake van overkreditering. De Bank heeft conform de toen geldende (interne) normen en op basis van de bij haar bekende gegevens de aanvraag van Consumenten beoordeeld en onder haar voorwaarden en op grond van de door haar gevraagde zekerheden uiteindelijk de geldlening verstrekt. De Bank mocht daarbij uitgaan van de juistheid van de door Consumenten verstrekte gegevens. Het stond de Bank destijds vrij om middels een zogeheten explain af te wijken van de normen zoals weergegeven in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (hierna: 'GHF'). De Bank heeft in de door Consumenten ondertekende offerte duidelijk weergegeven op welke wijze zij afweek op het moment van verstrekking.

- Consumenten hebben met ondertekening van de hypotheekofferte gekozen voor een aflossingsvrije financiering. De beleggingen stonden niet in verband met de aflossing van de financiering. Het was enkel een zekerheid voor de Bank verbonden aan de periode van het tekort aan inkomen en nadien een extra zekerheid ten opzichte van het verschil in getaxeerde executiewaarde en de financieringssom.
- Consument 2 had rekening moeten houden met het feit dat zijn margin onder druk zou kunnen komen te staan. Door dat niet te doen, heeft hij het risico genomen dat de Bank gehouden was zijn posities te sluiten. Van het te vroeg sluiten van posities is geen sprake. Het betreft een harde wettelijke termijn, waarvan Consument 2 op de hoogte was, dan wel behoorde te zijn.

5. Beoordeling

6:89 BW

5.1. Allereerst zal de Commissie het formele verweer van de Bank beoordelen. De Bank beroept zich op artikel 6:89 BW en stelt dat Consumenten te laat hebben geklaagd. In dit kader overweegt de Commissie als volgt.

5.2. Zoals overwogen in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 dient de vraag of binnen bekwame tijd is geklaagd te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waarbij van groot gewicht is of de Bank in haar belangen is geschaad. De tijd die is verstreken tussen het moment dat het gebrek in de prestatie is ontdekt of had moeten worden ontdekt en het indienen van de klacht is weliswaar een belangrijke factor, maar niet doorslaggevend. De Bank heeft weliswaar gesteld dat zij als gevolg van het tijdsverloop in haar belangen is geschaad, althans dat indien Consumenten hun klacht eerder hadden geuit zij de vermeend gestelde schade had kunnen voorkomen, maar zij heeft deze stelling onvoldoende onderbouwd. Het is derhalve niet, althans onvoldoende, komen vast te staan dat de Bank daadwerkelijk nadeel heeft geleden door het moment waarop Consumenten hebben geklaagd. De Bank heeft voorts gesteld dat gelet op het feit dat Consumenten jaren niets hebben gedaan of laten blijken, zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat Consumenten geen klacht zouden hebben. Ook deze stelling heeft de Bank echter onvoldoende onderbouwd, zodat de Commissie daaraan verder voorbijgaat.

Zorgplicht Bank

5.3. Ter beoordeling ligt de vraag voor of de Bank jegens Consumenten de op haar, als professioneel dienstverlener, rustende zorgplicht heeft geschonden.

Overkreditering

5.4. Consumenten menen allereerst dat de Bank de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden door een hogere geldlening te verstrekken dan gelet op hun inkomens- en vermogenspositie passend was. Daarbij verwijten Consumenten de Bank dat zij heeft nagelaten (grondig) onderzoek te doen naar de financiële positie van haar toekomstige wederpartijen. De Commissie overweegt hieromtrent als volgt.

5.5. Vooropgesteld wordt dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van overkreditering moet worden uitgegaan van de feiten, de wet- en regelgeving en inzichten van 2008, toen de geldlening aan Consumenten werd verstrekt.

5.6. Zoals Consumenten terecht opmerken mag van de Bank als aanbieder van hypothecaire geldleningen worden verwacht dat zij onderzoek doet naar de financiële positie van haar toekomstige wederpartij, zodat zij zich een afgewogen oordeel kan vormen over de vraag of haar toekomstige wederpartij naar redelijke verwachting over voldoende bestedingsruimte zal kunnen beschikken om aan de verplichtingen uit hoofde van de geldlening te kunnen voldoen. De Bank heeft, kort gezegd, aangevoerd dat zij conform de toen geldende (interne) normen en op basis van de bij haar bekende gegevens de aanvraag van Consumenten heeft beoordeeld en onder haar voorwaarden en op grond van door haar gevraagde zekerheden uiteindelijk de geldlening heeft verstrekt. De Commissie overweegt dat de Bank bij de beoordeling van de financieringsaanvraag weliswaar is uitgegaan van toekomstverwachtingen – met name toekomstige inkomsten – maar dat deze verwachtingen gezien de door Consumenten op deze punten verstrekte bescheiden alleszins reëel waren. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Bank mogen afgaan op de door Consumenten in dit kader overgelegde gegevens. De stelling van Consumenten dat de Bank onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de financiële positie van haar toekomstige wederpartijen wordt dan ook verworpen. Van overkreditering is geen sprake.

Zekerheidstelling

5.7. Consumenten verwijten de Bank voorts dat zij haar zorgplicht heeft geschonden door het toestaan van onttrekkingen en speculatieve optietransacties ten aanzien van de effectenrekening. De Commissie overweegt hieromtrent als volgt.

5.8. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de Bank een pandrecht heeft verkregen op het saldo van de effectenrekening en dat Consument 2 verplicht werd gesteld éénmalig een bedrag van € 300.000,- op deze rekening te storten. In de hypotheekofferte staat vermeld dat voornoemd pandrecht diende als zekerheid voor de Bank gedurende de periode dat het inkomen van Consument 2 ontoereikend was en nadien als zekerheid voor de financiering van de woning.

5.9. Hoewel de Bank tijdens de mondelinge behandeling heeft erkend dat zij er niet op heeft toegezien dat het betreffende zekerheidskapitaal een bepaalde minimale waarde zou blijven vertegenwoordigen – technisch gezien was dit volgens haar ook niet mogelijk – en dat dit geen handige constructie was, bestond een dergelijk verplichting voor haar ook niet. Nergens in de door partijen overgelegde stukken is terug te vinden dat, zoals Consumenten thans stellen, het bedrag van € 300.000,- op de effectenrekening fungeerde als bron van vermogensgroei ter aflossing van de geldlening. De Commissie heeft daarvoor ook geen andere aanwijzingen, zodat niet gesteld kan worden dat de Bank op die grond gehouden zou zijn erop toe te zien dat dit bedrag (in zijn geheel) behouden zou blijven.

Margetekort

5.10. Ten slotte menen Consumenten dat de Bank de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden door de effectenportefeuille (te vroeg) te liquideren en de posities in de portefeuille te sluiten. Een cruciale factor hierbij was de foutieve communicatie van de Bank binnen welke tijdspanne het margintekort aangevuld diende te worden, aldus Consumenten. De Commissie overweegt hieromtrent als volgt.

5.11. Regel is dat een beleggingsonderneming de plicht heeft erop toe te zien dat cliënten die optieposities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortvloeien, voortdurend over voldoende saldi, in geld dan wel stukken, beschikken om aan die verplichtingen te kunnen voldoen. Indien een tekort ontstaat, is de beleggingsonderneming gehouden dit tekort binnen ten hoogste vijf beursdagen op te heffen, desnoods door optieposities van de desbetreffende cliënt op eigen gezag te sluiten. Dit volgt uit artikel 86 lid 2 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft ("Bgfo"). Cliënt kan daaraan ontkomen door of het tekort op te heffen of door voldoende zekerheid te stellen waaruit de verplichtingen kunnen worden voldaan.

5.12. De Commissie overweegt dat van een Bank mag worden verwacht dat zij duidelijk communiceert over de datum waarop een margetekort moet zijn opgeheven, hetgeen in het onderhavige geval niet steeds is gebeurd. Uit de vaststaande feiten volgt immers dat de Bank eerst op 4 augustus 2011 aan Consument 2 heeft medegedeeld dat het margetekort uiterlijk 10 augustus 2011 moest zijn opgelost en dat zij deze 'deadline' nadien heeft vervroegd naar 9 augustus 2011 omdat de overschrijding reeds op 2 augustus 2011 was ontstaan.

5.13. Het voorgaande laat echter onverlet dat niet is komen vast te staan dat, indien de deadline niet zou zijn vervroegd naar 9 augustus 2011, Consument 2 het margetekort (wel) tijdig had opgeheven. Consument 2 heeft weliswaar gesteld dat hij in dat geval middels het overmaken van gelden vanuit het buitenland in staat zou zijn geweest om tijdig aan de marginverplichting te voldoen, echter hij heeft deze stelling niet aannemelijk gemaakt. Daarbij is van belang dat Consument 2 nimmer – ook niet op 10 augustus 2011 – is overgegaan tot het daadwerkelijk overmaken van de gelden naar de Bank. Dat Consument 2 ten tijde van het 'voorval' in het buitenland verbleef komt voor zijn eigen rekening en risico. Van Consument 2 mocht immers worden verwacht dat hij op de hoogte was van de risico's van een dekkingstekort en dat hij alvorens hij op vakantie ging de nodige maatregelen zou treffen om een dergelijk tekort te voorkomen.

5.14. Dit alles overwegende, verwerpt de Commissie de stelling van Consumenten dat de Bank de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden door de effectenportefeuille (te vroeg) te liquideren en de posities in de portefeuille te sluiten.

Slotsom

5.15. Gelet op het voorgaande concludeert de Commissie dat de Bank niet is tekortgeschoten in haar zorgplicht en dat de vorderingen van Consumenten 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 vorderingen van Consumenten worden 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld