Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2014-275
d.d. 17 juli 2014
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, drs. A. Adriaansen, mr. B.F. Keulen, mr. H.J. Schepen en mr. A.W.H. Vink, leden en mr. F. Faes, secretaris)

Samenvatting

Klacht tegen bank A (hangt samen met 2014-274). In 1997 heeft Consument na advisering en bemiddeling van een tussenpersoon een middellang krediet afgesloten bij bank A. Daarnaast heeft Consument bij bank B een hypothecaire geldlening afgesloten. Met beide leningen zijn, op advies van de tussenpersoon, participaties in een beleggingsfonds aangekocht. In 2006 heeft er een herfinanciering van de geldleningen plaatsgevonden bij bank A, waarbij Consument de hypothecaire geldlening naar bank A heeft overgesloten.
Consument stelt dat bank A de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden door hem in 1997 en 2006 onvoldoende te informeren over de risico's van de geldlening(en) en het aankopen van de participaties. Ook stelt Consument dat er sprake is van overkreditering.
Ten aanzien van het klachtonderdeel met betrekking tot het in 1997 verstrekte middellange krediet is de Commissie van oordeel dat Consument op grond van artikel 6:89 BW zich niet meer op een gebrek in de prestatie van bank A met betrekking tot dit krediet kan beroepen.
Ten aanzien de in 2006 bij bank A doorgevoerde herfinanciering is de Commissie van oordeel dat bank A haar zorgplicht niet heeft geschonden. Van overkreditering is eveneens geen sprake. De vordering van Consument wordt afgewezen.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

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 geschilbeslechting van Consument, ontvangen op 9 mei 2013;
- 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 21 maart 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. In 1997 heeft Consument zich door (het in 2009 gefailleerde) Wagner&Partners (hierna: de tussenpersoon) laten adviseren. Op basis van het door de tussenpersoon opgestelde financieel plan heeft deze bij Aangeslotene en Rabobank namens Consument een financieringsaanvraag voor een tweetal geldleningen ingediend.

3.2. Op 26 juni 1997 heeft Consument een geldlening in de vorm van een middellang krediet (hierna: het krediet) voor een bedrag van f. 700.000,- (€ 317.646,15) bij Aangeslotene afgesloten. Het krediet is gebruikt voor de aankoop van participaties in het ING Dutch Fund. De beleggingen dienden als onderpand voor het krediet.

3.3. Op 30 juni 1997 heeft Rabobank een aflossingsvrije hypothecaire geldlening voor een bedrag van f. 1.280.000,- (€ 580.838,68) (hierna ook: de geldlening) aan Consument verstrekt. Hiermee is een reeds bestaande hypothecaire geldlening van f. 280.000,- afgelost. Verder is f. 105.570,- aangewend voor de aankoop van de woning van de ouders van Consument. Een bedrag van f. 972.645,80 is overgemaakt op het door Consument bij Aangeslotene geopende beleggingsgiro. Met het laatstgenoemde bedrag zijn eveneens participaties in het ING Dutch Fund aangekocht. Als zekerheid voor de terugbetaling van de hypothecaire geldlening heeft Rabobank een hypotheekrecht verkregen op de woning van Consument en het huis van de ouders van Consument. Ook heeft Rabobank een pandrecht in tweede rang verkregen op de bij Aangeslotene aangehouden beleggingsportefeuille.

3.4. Kort na de totstandkoming van het krediet en de geldlening heeft Consument zich tot Aangeslotene gewend omdat hij de rentelasten niet uit het reguliere inkomen kon voldoen en hij niet tot verkoop van een deel van de beleggingen wenste over te gaan. Aangeslotene heeft daarop aanvullende leningen van f. 25.000,- en f. 100.000,- verstrekt.

3.5. Na verloop van tijd is gebleken dat de beleggingen voor het grootste deel waren 'verdampt' en dat op de geldlening en het krediet nagenoeg niets was afgelost. In mei 2006 zag Consument zich genoodzaakt om de geldlening en het krediet te herfinancieren. Hij heeft zijn geldlening bij Rabobank (€ 531.942,53) en het krediet omgezet in één hypothecaire geldlening voor een bedrag € 755.000,- bij Aangeslotene. In verband met de beëindiging van het krediet is de verpanding van de effectenportefeuille komen te vervallen. Vanaf 2006 was alleen een belegging van € 26.275, die deel uitmaakt van het vermogensgroeiaandeel van de geldlening, aan Aangeslotene verpand. In het kader van deze belegging heeft Consument op 28 februari 2006 een "*Advieskaart profiel- en pakketkeuze Vermogensplanning Hypotheek*" ingevuld. Hier blijkt dat Consument heeft gekozen voor het beleggingsprofiel "*Vermogensgroei met 10% vastrentende waarden en 90% aandelen*".

3.6. In 2007 heeft Consument de hypothecaire geldlening bij Aangeslotene verhoogd met € 70.000,- voor een verbouwing.
3.7. In 2008 heeft Consument de nog bij Aangeslotene resterende beleggingsportefeuille geliquideerd.
3.8. Bij brief aan Aangeslotene van 9 december 2011 heeft Consument zich op het standpunt gesteld dat Aangeslotene zowel bij de totstandkoming van het krediet in 1997 als bij de herfinanciering in 2006 is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar jegens hem rustende zorgplicht.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot betaling van de door hem geleden schade bestaande uit de rente en kosten die hij over de genoemde leningen heeft betaald. Op het moment dat Consument zijn verzoek tot geschilbeslechting bij de Commissie heeft ingediend had hij zijn schade begroot op € 940.481,-.
4.2. Aan deze vordering legt Consument – kort gezegd – ten grondslag dat Aangeslotene de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden. Aangeslotene heeft een buitensporig hoog krediet aan Consument verstrekt terwijl zij had moeten weten dat Consument gelet op zijn inkomen en zeker in combinatie met de geldlening bij Rabobank, de rentelasten daarvan niet zou kunnen dragen (overkreditering). Daarnaast had Aangeslotene Consument erop moeten wijzen dat het door de tussenpersoon geadviseerde financieel plan grote risico's inhield waaronder het aanzienlijk risico dat Consument bij tegenvallende beleggingsresultaten niet in staat zou zijn uit de opbrengsten de maandelijkse rentelasten te voldoen en het risico dat als gevolg daarvan het beleggingsdepot uiteindelijk leeg zou lopen en Consument met een zeer aanzienlijke, voor hem niet te dragen restschuld achter zou blijven.
4.3. Aangeslotene heeft de vordering gemotiveerd bestreden. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. Aangeslotene stelt zich primair op het standpunt dat Consument niet tijdig heeft geklaagd als bedoeld in artikel 6:89 BW. Aangeslotene voert hiertoe onder meer aan dat Consument in 1997 bij Aangeslotene het krediet heeft afgesloten, maar dat Consument zich pas eind 2011 hierover heeft beklaagd. Consument had het vermeende gebrek in de prestatie veel eerder kunnen constateren en dus veel eerder moeten klagen. Als gevolg van deze late klacht is Aangeslotene de mogelijkheid ontnomen om met Consument alternatieven voor de aflossing van de verstrekte geldleningen te onderzoeken en/of eventuele beleggingsverliezen te beperken. Ook is Aangeslotene door het tijdsverloop geschaad in haar bewijspositie nu de gang van zaken bij de totstandkoming van de geldleningen in 1997 en 2006 niet goed meer is te

reconstrueren omdat deels geen stukken meer beschikbaar zijn, eventuele getuigen niet meer zijn te achterhalen en herinneringen zullen zijn vervaagd.

5.2. Artikel 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.

5.3. In zijn arresten van 8 februari 2013 heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, acht dient te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie, alsmede ook de deskundigheid van de schuldeiser. Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van artikel 6:89 BW is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld - te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming - en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend, aldus steeds de Hoge Raad.

5.4. Het voorgaande brengt mee dat de Commissie eerst heeft te onderzoeken wanneer Consument de door hem gestelde schending van de zorgplicht door Aangeslotene heeft ontdekt of had behoren te ontdekken om vervolgens vast te stellen of Consument nadien binnen bekwame tijd ter zake heeft geprotesteerd.

5.5. De klacht met betrekking tot de verstrekking van het krediet in 1997 komt er in de kern op neer dat Aangeslotene Consument ten onrechte (a) een krediet heeft verstrekt waarvan hij de maandelijkse lasten niet uit zijn reguliere inkomen zou kunnen voldoen en (b) niet heeft gewaarschuwd voor het risico dat hij bij tegenvallende beleggingsresultaten niet in staat zou zijn de maandelijkse rentelasten te voldoen en het risico dat als gevolg daarvan het beleggingsdepot uiteindelijk leeg zou lopen en Consument met een zeer aanzienlijke restschuld achter zou blijven.

5.6. De Commissie stelt vast dat Consument al in 1998 merkte dat hij de rentelasten niet kon voldoen en dat hij, om te voorkomen dat hij zijn beleggingen deels weer zou moeten verkopen, bij Aangeslotene aanvullend geldleningen heeft afgesloten. Dit brengt mee dat er van moet worden uitgegaan dat Consument al in 1998 wist dat hem een krediet was verstrekt waarvan hij de maandelijkse lasten niet uit zijn reguliere inkomen zou kunnen voldoen en dat hij voor betaling van die lasten aangewezen was op de resultaten van de aangehouden beleggingen. Consument heeft onweersproken gesteld dat dit voor hem de eerste jaren niet bezwaarlijk was aangezien de beleggingen tot en met 2000 goed rendeerden en hij in die periode ook aanzienlijke winsten heeft geboekt. Uit de eigen stellingen van Consument volgt dat

de beleggingsresultaten vanaf 2000 terugliepen en dat hij zich als gevolg daarvan gedwongen heeft gezien om steeds speculatiever te gaan beleggen in de hoop nog een resultaat te behalen dat hem in staat zou stellen uit de beleggingen de rentelasten te voldoen en de leningen af te lossen. In de periode tussen 2000 en 2006 is daarbij de waarde van de beleggingen nagenoeg geheel teniet gegaan. Uit deze gang van zaken volgt dat Consument zich er na 2000 van bewust moet zijn geweest dat de door de tussenpersoon geadviseerde en door Aangeslotene gefaciliteerde constructie het risico in zich droeg dat hij bij tegenvallende beleggingsresultaten niet in staat zou zijn de rentelasten te voldoen en dat hij met een zeer aanzienlijke restschuld achter zou kunnen blijven.

5.7. Vervolgens is dan aan de orde of en, zo ja, wanneer Consument had behoren te ontdekken dat - zoals hij nu stelt - dienaangaande ook Aangeslotene een verwijt zou kunnen treffen. Consument zag zich blijkens zijn eigen stellingen als gevolg van de financiële constructie vanaf 2001 in toenemende mate geconfronteerd met een zeer aanzienlijke (potentiële) schade. De Commissie is van oordeel dat het onder die omstandigheden op de weg van Consument had gelegen om onderzoek te doen naar de oorzaken daarvan en om maatregelen te nemen ter afwending en/of beperking van die potentiële schade. Voor zover Consument zich niet toen al had kunnen en moeten realiseren dat deze dreigende schade ook het gevolg zou kunnen zijn van het feit dat Aangeslotene hem, om de financiële constructie mogelijk te maken, meer krediet had verstrekt dan hij op basis van zijn inkomen kon dragen, had mede gelet op zijn werk en opleidingsniveau, op dat moment in ieder geval van Consument verwacht mogen worden dat hij zich voor advies had gewend tot een financieel en/of juridisch adviseur. Consument heeft dat alles niet gedaan maar, naar eigen zeggen ook uit schaamte, zijn verlies niet willen nemen en in plaats daarvan gekozen om te proberen met steeds risicovoller beleggingen het tij te keren. Daarnaast heeft hij zich ingespannen om zo veel mogelijk inkomen te genereren teneinde de rentelasten te kunnen blijven voldoen. Pas toen hij zich in 2011 op aandringen van zijn accountant tot een financieel specialist wende en deze hem vertelde dat ter zake ook op Aangeslotene als kredietverstrekker een zorgplicht zou rusten, heeft hij zich gerealiseerd dat ook Aangeslotene in 1997 een fout heeft gemaakt, aldus Consument. De Commissie is echter van oordeel dat de omstandigheid dat Consument de ernst van de mede als gevolg van zijn eigen beleggingskeuzes ontstane problemen niet onder ogen heeft willen zien - hoewel niet onbegrijpelijk - niet aan Aangeslotene kan worden tegengeworpen. Het had als gezegd op de weg van Consument gelegen om tijdig nadat de dreigende schade zich openbaarde, zo nodig met deskundige hulp, onderzoek te doen naar de oorzaken. Nu hij dat niet heeft gedaan, moet de omstandigheid dat hij pas in 2011 zou hebben ontdekt dat ook Aangeslotene dienaangaande een verwijt zou kunnen treffen, voor zijn rekening blijven.

5.8. De slotsom is dan dat Consument ruimschoots voor 2006 had kunnen en moeten ontdekken dat Aangeslotene, zoals hij thans stelt, bij het afsluiten van het krediet in 1997 haar zorgplicht zou hebben verzaakt. Hij had daarover uiterlijk in 2006 bij Aangeslotene moeten klagen.

5.9. Tegen deze achtergrond moet worden beoordeeld of en, zo ja, in hoeverre Aangeslotene is benadeeld door de omstandigheid dat Consument pas in december 2011 voor het eerst heeft geklaagd en of dat, gelet op de over en weer betrokken belangen, een beroep op het bepaalde in artikel 6:89 BW kan rechtvaardigen.

5.10. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij als gevolg van het tijdsverloop niet meer kan beschikken over het volledige klantdossier uit 1997 en dat zij om die reden niet meer in staat is te reconstrueren welke stukken en informatiebrochures destijds door haar aan Consument zijn verstrekt en welke mededelingen aan hem zijn gedaan. Daarbij is van belang dat ook de mogelijkheid om informatie te vergaren door het ondervragen van (ex) medewerkers van Aangeslotene als gevolg van het tijdsverloop is beperkt. De Commissie acht voldoende aannemelijk dat die medewerkers zich de concrete omstandigheden rondom het verstrekken van het krediet 14 jaar na dato niet meer zullen kunnen herinneren. Verder geldt dat Aangeslotene terecht stelt dat haar als gevolg van de te late klacht de mogelijkheid is ontnomen om in overleg met Consument tijdig maatregelen te nemen teneinde de gevolgen van haar eventuele fout te herstellen. Anders dan Consument betoogt is immers geenszins uitgesloten dat Aangeslotene bij een tijdige klacht maatregelen had kunnen voorstellen om het verder oplopen van de beleggingsverliezen te beperken, waardoor het krediet in ieder geval nog ten dele afgelost had kunnen worden.

5.11. Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene zich gelet op de over en weer betrokken belangen op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat Consument ter zake van het in 1997 verstrekte krediet niet tijdig heeft geprotesteerd. Consument kan er dan ook geen beroep meer op doen dat Aangeslotene destijds haar zorgplicht zou hebben verzaakt of te veel krediet zou hebben verstrekt. Dit betekent dat Consument op grond van het bepaalde in artikel 6:89 BW zich niet meer op een gebrek in de prestatie van Aangeslotene ten aanzien van het in 1997 verstrekte krediet kan beroepen.

5.12. Ten aanzien van de in 2006 afgesloten hypothecaire geldlening stelt de Commissie vast dat het de herfinanciering van reeds bestaande schulden betrof. Dat daarbij sprake zou zijn geweest van overkreditering kan niet als juist worden aanvaard, nu Consument als gevolg van de herfinanciering van zijn bestaande schulden geen grotere aflossingen en renteverplichtingen op zich nam dan hij daarvoor al had. Verder heeft Aangeslotene onweersproken gesteld dat het in 2006 verstrekte krediet ongeveer 5,3 keer het jaarsalaris van Consument was, waarmee hij binnen de destijds geldende marges bleef, terwijl de netto rentelasten van € 13.000,00 per jaar voor Consument goed waren op te brengen. Ook overigens blijkt uit de stellingen van Consument niet dat hij als gevolg van de herfinanciering in 2006 enige schade zou hebben geleden. Consument heeft ook overigens onvoldoende aannemelijk gemaakt dat en zo ja hoe hij door het samenvoegen van de bestaande geldleningen in een nadeligere situatie is gebracht. Dit alles leidt ertoe dat niet is komen vast te staan dat Aangeslotene ter zake van de kredietverstrekking in 2006 enig verwijt treft.

5.13. Ten aanzien van het door Aangeslotene uit hoofde van de hypothecaire geldlening ter beschikking gestelde bedrag van € 26.275,- geldt dat nu Consument ter zitting heeft

gesteld dat hij daarmee wilde blijven beleggen en dat hij een eventueel verlies op de koop toe zou nemen, het daarvoor beschikbaar stellen van dit relatief kleine bedrag door Aangeslotene niet tot het oordeel kan leiden dat Aangeslotene haar zorgplicht heeft geschonden.

5.14. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vordering van Consument niet toewijsbaar is. 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.