

Uitspraak Commissie van Beroep 2019-009 d.d. 4 maart 2019

(mr. C.A. Joustra, voorzitter, mr. A. Bus, prof. mr. D. Busch, J.C.H. Kars AAG CERA en mr. A. Smeeing-van Hees, leden, en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

Samenvatting

Overkreditering, beleggingsadvies, lening in Zwitserse Franken

De Bank heeft Consument een lening in Zwitserse Franken verstrekt, waarvoor zijn vader borg stond. Zelf had Consument geen inkomen of vermogen. Een deel van het verstrekte krediet werd via een effectenrekening belegd bij de Bank. Consument heeft schadevergoeding gevorderd. Ter onderbouwing heeft Consument gewezen op overkreditering ten tijde van verstrekking van de financiering. De Commissie van Beroep oordeelt met de Geschillencommissie dat Consument per saldo geen schade heeft geleden. De Commissie van Beroep handhaaft de uitspraak van de Geschillencommissie en concludeert dat de vordering van Consument dient te worden afgewezen.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

1. De procedure in beroep

- 1.1 De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) heeft op 23 januari 2018 een bindend advies gegeven op een klacht van Consument tegen de Bank (dossiernr. [nummer]).
- 1.2 Bij een op 6 maart 2018 door de Commissie van Beroep financiële dienstverlening (verder: Commissie van Beroep) ontvangen beroepschrift met bijlagen heeft Consument de uitspraak van de Geschillencommissie ter toetsing voorgelegd.
- 1.3 De Bank heeft een op 14 mei 2018 door de Commissie van Beroep ontvangen verweerschrift, tevens houdend incidenteel beroep, ingediend. Bij een op 18 juni 2018 ontvangen verweerschrift in het incidenteel beroep heeft Consument gereageerd op de grieven in het incidenteel beroep van de Bank.
- 1.4 De Commissie van Beroep heeft het beroep mondeling behandeld op 24 september 2018. Partijen zijn aldaar verschenen. De gemachtigde van de Bank heeft pleitnotities overgelegd.

2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Commissie van Beroep naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Feiten

3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de feiten die de Geschillencommissie heeft vermeld in het bindend advies onder 2.1 tot en met 2.14. Die feiten zijn niet betwist en worden voor zover relevant aangevuld met enkele andere feiten die tussen partijen vaststaan.

3.2 Consument heeft op 20 juli 2007 een hypothecaire geldlening ad € 1.025.000,- afgesloten bij de Bank ten behoeve van de aankoop van twee appartementen gelegen aan de [Straatnaam 1] en de [Straatnaam 2] in [Naam stad]. Consument kocht de appartementen (die op dat moment werden verhuurd) van zijn vader. De totale aankoopsom was € 470.000,- ([Straatnaam 1]: € 300.000,-; [Straatnaam 2]: € 170.000,-). De lening werd verstrekt in Zwitserse Franken en had een looptijd van 30 jaar. Consument was daarvoor een rente verschuldigd die op basis van 1 maands CHF LIBOR werd vastgesteld.

De opslag op deze lening bedroeg 1,30%. Het extra bedrag van € 555.000,- dat de Bank Consument boven de koopsom voor de aankoop van de appartementen had geleend, heeft Consument gebruikt om te beleggen door middel van een bij de Bank geopende effectenrekening. De Bank heeft het risicoprofiel van Consument op neutraal gesteld.

3.3 In het interne kredietaanvraagformulier heeft de Bank onder 'Advies Kredietanalyse, 23-03-2007' en onder 'Aanvraag en toelichting' voor zover relevant en deels zakelijk weergegeven het volgende opgenomen.

(i) Consument wordt kredietnemer, maar is 'zelfstandig niet financierbaar'. Consument is '19 jaar en nog bezig met zijn studie (gaat nu in [Naam stad] studeren). Hij heeft geen noemenswaardige inkomsten, anders dan "bijbaantjes".'

(ii) De lening wordt uitsluitend verstrekt op basis van het inkomen en vermogen van de vader van Consument. De vader van Consument is al een relatie van de Bank.

(iii) De twee appartementen worden 'momenteel verhuurd tegen absurd lage huurprijs.' 'Vader [van Consument] wil het verhuurde pand nu verkopen aan zijn zoon [Consument] (voor de lage verhuurde waarde) en dan na 2 jaar een ontruimingsprocedure inzetten voor eigen gebruik. Bij eigen gebruik (lees: leeg) is het pand fors meer waard en betreft het op termijn een soort fiscaal vriendelijke schenking/estate planning.'

(iv) 'De rentebetalingen zullen door de vader van Consument, na aftrek van het rendement op de verpande portefeuille, middels schenkingen, worden voldaan.' 'Op basis van de werkelijke rente en het werkelijke rendement op de portefeuille, zal de jaarlijkse schenking waarschijnlijk zeer beperkt blijven.'

3.4 Consument heeft de volgende zekerheden gesteld voor de financiering. Een hypothecaire inschrijving van € 1.500.000,- op de beide appartementen gezamenlijk. Een pandrecht op het aangehouden effectendepot, waaraan de eis werd verbonden dat de bevoorschottingswaarde ten minste € 400.000,- zou zijn. De vader van Consument heeft zich borg gesteld voor de hoofdsom ter grootte van € 1.025.000,-.

3.5 Op 2 november 2009 heeft de Bank Consument een brief gestuurd waarin zij Consument gewezen heeft op de overschrijding van het neutrale risicoprofiel. Zij heeft verzocht deze brief getekend retour te ontvangen. De getekende versie heeft Consument toen niet retour gestuurd. Op 17 augustus 2010 heeft de Bank opnieuw een brief gestuurd en Consument ervan op de hoogte gebracht dat de samenstelling van de portefeuille afwijkt van het afgesproken neutrale beleggingsprofiel. Vervolgens heeft Consument zowel de eerder gestuurde als deze brief voorzien van zijn handtekening aan de Bank geretourneerd.

3.6 Uit een taxatierapport uit 2014 blijkt dat de marktwaarde van het appartement aan de [Straatnaam 1] toen op € 1.300.000,- lag (aankoopwaarde € 300.000,-).

3.7 Op 31 maart 2015 heeft de Bank een brief gestuurd waarin aan de vader van Consument het volgende aanbod wordt gedaan dat door de vader van Consument geaccepteerd is:

Na ontvangst van de genoemde Euro 700.000,00 en interne verrekening van de bij onze bank aangehouden en aan onze bank verpande waarden, geven onze bank en [de vader van] Consument elkaar, over en weer finale kwijting. Tevens zullen wij de door [de vader van] Consument afgegeven borgstelling ten behoeve van onze vordering op [Consument] als vervallen beschouwen.

3.8 Op 10 juli 2015 heeft een medewerker op de afdeling bijzonder beheer bij de Bank laten weten dat de effectenrekening geblokkeerd werd. Dit bericht werd verstuurd aan een derde, die het bericht doorstuurde aan de vader van Consument. Per e-mail van 8 september 2015 heeft de vader van Consument jegens de Bank zijn ongenoegen over deze handelwijze geuit. De vader van Consument sluit de e-mail af met de volgende zin:

Ik zal mijn zoon proberen uit te leggen wat hier gebeurt.

3.9 Per e-mail van 20 november 2015 heeft een gemachtigde namens Consument een aansprakelijkstelling verstuurd aan de Bank.

3.10 Op 30 december 2015 heeft de Bank medegedeeld dat Consument niet voldeed aan de verplichtingen die voortvloeiden uit de financiering. De Bank had het volgende verzuim geconstateerd:

Per heden is er sprake van de volgende positie.

Overgenomen en verplichte minimale dekkingswaarde	€ 400.000,00
Saldo van het, op de rekening bij de bank, aangehouden en verpand creditgeld:	€ 166.410,24
Bevoorschottingswaarde effectenportefeuille 1018437:	€ 205.290,39
Totaal waarde	€ 371.700,63
Te kort	€ 28.299,37

De in het mailbericht van juli 2015 vermelde achterstand op de betalingen van de lening, is per 1 december 2015 opgelopen tot:	€ 13.304,85
Totaalpositie waarvoor u in verzuim bent:	€ 41.604,52

- 3.11 Vanwege de bovenstaande constatering heeft de Bank het pandrecht ingeroepen op de effectenportefeuille en op het door Consument bij de Bank gestalde creditgeld. Met betrekking tot de restschuld heeft de Bank Consument tot 1 maart 2016 de gelegenheid gegeven tot herfinanciering en aflossing over te gaan. Wanneer oversluiten niet zou plaatsvinden, heeft de Bank aangezegd gebruik te zullen maken van het recht van parate executie uit hoofde van de hypotheekakte.
- 3.12 Op 3 april 2017 is de lening geherfinancierd bij een andere geldverstrekker en is de kredietfaciliteit volledig afgelost.
- 3.13 Op 2 juli 2017 is het appartement aan de [Straatnaam 2] verkocht voor een bedrag van € 195.000,- (aankoopwaarde € 170.000,-).
- 3.14 De beleggingsportefeuille had op 28 april 2016, voordat deze geheel werd verkocht door de Bank, een waarde van € 283.135,32.

4. Klacht en standpunten van partijen voor de Geschillencommissie

- 4.1 Consument heeft een bedrag van € 1.000.000,- aan schadevergoeding gevorderd. Consument beroept zich ter onderbouwing van zijn vordering op een schending van de bijzondere zorgplicht wegens (1) onverantwoorde kredietverstrekking (overkreditering) en (2) verstrekking van onjuiste beleggingsadviezen.
- 4.2 De Bank heeft zich volgens Consument schuldig gemaakt aan onverantwoorde kredietverstrekking, in het bijzonder omdat (i) de Bank voorafgaand aan de kredietverstrekking geen onderzoek heeft gedaan naar de inkomens- en vermogenspositie van Consument, (ii) de lening louter is verstrekt op basis van het inkomen en vermogen van de vader van Consument, en (iii) de Bank Consument niet heeft gewaarschuwd voor de risico's die verbonden waren aan de kredietverstrekking.
- 4.3 De Bank heeft zich volgens Consument ook schuldig gemaakt aan het verstrekken van onjuiste beleggingsadviezen, in het bijzonder omdat de portefeuille niet verenigbaar is met een neutraal risicoprofiel dat voor hem is vastgesteld. De portefeuille was te risicovol ingericht, zowel wat betreft het type producten als wat betreft de sector waarin belegd werd. Volgens Consument was er een beleggingsadviesrelatie met de Bank en kon de relatie niet worden aangemerkt als execution only-dienstverlening. De Bank heeft hem bovendien ingedeeld in een veel te offensief risicoprofiel.
- 4.4 De schade die Consument stelt te hebben geleden is als volgt onderbouwd. Indien de Bank haar zorgplicht was nagekomen, zou de Bank aan Consument enkel een hypothecaire geldlening hebben verstrekt voor de aankoop van de twee appartementen. Volgens Consument zou hem dan een lening zijn verstrekt van € 470.000,-. Deze lening zou dan niet in CHF zijn verstrekt, omdat dit een valutarisico betekende en daarmee te risicovol zou zijn voor Consument. De schade uit overkreditering heeft Consument berekend door

de aankoopprijs van de aangekochte appartementen (€ 470.000,-) te vergelijken met de hoogte van de lening op 1 september 2016 (€ 1.116.880,99) plus het bedrag dat Consument op 7 juni 2016 heeft moeten aflossen (€ 434.879,48; opbrengst beleggingsportefeuille plus bij de Bank aangehouden creditgeld). Daarmee komt – aldus Consument – de lening op 1 september 2016 in feite neer op € 1.551.760,47. De gestelde schade komt uit op een bedrag van (€ 1.551.760,47 minus € 470.000,- =) € 1.081.760,47. Consument heeft de schade die volgens hem voortvloeit uit de overkreditering evenwel beperkt tot € 1.000.000,- om te voldoen aan artikel 9 lid 2 onder g Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (hierna: het Reglement).

- 4.5 Subsidiair, voor zover de Geschillencommissie zou oordelen dat de lening als zodanig verstrekt mocht worden, is Consument van mening dat hij beleggingsverliezen heeft geleden ter waarde van € 533.653,33. Dit bedrag is het verschil tussen de waarde die de beleggingsportefeuille had gehad indien de Bank Consument in een defensief profiel had ingedeeld en de werkelijke waarde van de beleggingsportefeuille op 28 april 2016. Meer subsidiair heeft Consument gesteld dat hij beleggingsschade heeft geleden ter waarde van € 536.204,96 omdat de rendementen van de binnen het neutrale beleggingsprofiel verrichte beleggingen veel lager zijn uitgevallen dan conform de benchmark zou mogen worden verwacht.
- 4.6 De Commissie van Beroep merkt op dat Consument in beroep zijn vordering heeft gewijzigd. Hij vordert nu nog uitsluitend betaling van € 1.000.000,- en heeft dus kennelijk zijn subsidiaire en meer subsidiaire vordering laten varen.
- 4.7 De Bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Daarbij voert zij onder meer aan
- (i) dat de Geschillencommissie de klacht van Consument niet in behandeling mag nemen, omdat de klacht te laat is ingediend en omdat de vordering boven de grenzen van het Reglement uitkomt,
 - (ii) dat de aanspraken van Consument inmiddels verjaard zijn,
 - (iii) dat de klachtplicht is geschonden,
 - (iv) dat er geen sprake is van overkreditering,
 - (v) dat de Bank geen onjuiste beleggingsadviezen heeft gegeven, omdat er geen sprake is van een beleggingsadviesrelatie, maar van execution only-dienstverlening, en
 - (vi) dat Consument geen schade heeft geleden, althans heeft nagelaten zijn schade te substantiëren, dan wel dat er geen sprake is van causaal verband, de Consument eigen schuld heeft en niet voldaan heeft aan zijn schadebeperkingsplicht en de schade in ieder geval op grond van voordeelstoerekening moet worden verminderd tot nihil.

5. Bindend advies Geschillencommissie

Behandelbaarheid van de klacht

- 5.1 De Geschillencommissie verwierpt het beroep van de Bank op de niet-behandelbaarheid van de klacht. Naar haar oordeel is de klacht niet te laat ingediend. De Bank heeft ten onrechte de e-mail die op 8 september 2015 door de vader van Consument aan de Bank werd verstuurd, als uitgangspunt genomen. Artikel 12 van het Reglement vereist echter een klacht door of namens de consument. Pas op 20 november 2015 is de eerste klacht namens Consument ingediend bij de Bank. Op 11 oktober 2016 is de klacht ingediend bij de Geschillencommissie. Dit is binnen een jaar nadat Consument zijn klacht heeft geuit bij de Bank. De klacht is daarom tijdig ingediend. Ook het beroep van de Bank dat de vordering boven de grenzen van het Reglement zou uitkomen wordt verworpen. Consument heeft zijn vordering juist expliciet beperkt tot het maximumbedrag van € 1.000.000,-.

Overkreditering

- 5.2 De Bank heeft het beroep op verjaring (artikel 3:310 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) en schending van de klachtplicht (artikel 6:89 BW) ten aanzien van de overkreditering verworpen. De Geschillencommissie oordeelt dat de Bank haar zorgplicht om te waken voor overkreditering heeft geschonden.

Schade

- 5.3 De Geschillencommissie concludeert dat de zorgplichtschending van de Bank niet tot schade heeft geleid. Daarvoor is naar het oordeel van de Geschillencommissie maatgevend dat de Bank, als zij haar zorgplicht had nageleefd, geen enkele financiering aan Consument had mogen verstrekken. Vanwege het ontbreken van inkomen of vermogen had Consument de lasten van om het even welk hypothecair krediet niet zelfstandig kunnen dragen. De in verband met de schade te maken vergelijking is dus die tussen de situatie waarin de Bank geen financiering had verstrekt en de huidige situatie, waarbij de waarde van de twee aangekochte appartementen mede van belang is. Gesteld noch gebleken is echter dat Consument door de verstrekking van de financiering in een nadeliger vermogenspositie is beland.

Onjuist beleggingsadvies

- 5.4 Het beroep van de Bank op de schending van de klachtplicht ten aanzien van onjuist beleggingsadvies wordt gehonoreerd, waardoor het beroep van de Bank op verjaring van de schending van de zorgplicht wegens onjuist beleggingsadvies buiten beschouwing is gebleven.
- 5.5 De Geschillencommissie komt tot de conclusie dat de vorderingen van Consument moeten worden afgewezen.

6. Beoordeling van het beroep

Behandelbaarheid van de klacht

- 6.1 De Bank stelt in haar incidentele grief I dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de klacht van Consument tijdig is ingediend. De Bank meent dat de Geschillencommissie ervan had moeten uitgaan dat de e-mail van de vader van Consument van 8 september 2015 aan de Bank wél een klacht namens Consument betrof. Consument heeft de klacht pas op 11 oktober 2016 aan de Geschillencommissie voorgelegd en dat was te laat. De klacht had niet in behandeling mogen worden genomen. Consument bestrijdt dit standpunt gemotiveerd.
- 6.2 De Commissie van Beroep is van oordeel dat de e-mail van 8 september 2015 niet kan worden opgevat als een klacht namens Consument. De enkele zin in die e-mail 'ik zal mijn zoon proberen uit te leggen wat hier gebeurt' is daarvoor onvoldoende. Het feit dat de vader van Consument zijn zoon, Consument, in het verleden in financiële aangelegenheden met de Bank heeft vertegenwoordigd, maakt dit niet anders. De zin kan redelijkerwijs niet anders worden begrepen dan (i) dat de vader van Consument nog met Consument moest spreken over de handelwijze van de Bank, en (ii) dat Consument op dat moment nog niet wist in welke situatie hij met de Bank was beland. De Commissie van Beroep is met de Geschillencommissie van oordeel dat Consument pas op 20 november 2015 een klacht heeft ingediend bij de Bank. Op 11 oktober 2016 is de klacht ingediend bij de Geschillencommissie. Dit is binnen een jaar nadat de Consument zijn klacht heeft geuit bij de Bank. De klacht is daarom tijdig ingediend.

Schade

- 6.3 De Commissie van Beroep zal eerst de grieven 1 en 2 van Consument behandelen. Consument stelt in grief I dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de schending van de zorgplicht door overkreditering niet tot schade heeft geleid, omdat de Bank, als zij haar zorgplicht had nageleefd, geen enkele financiering aan Consument had mogen verstrekken. Consument stelt in grief 2 dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de in verband met de schade te maken vergelijking ziet op de situatie waarin de Bank geen financiering verstrekt had en de huidige situatie, waarbij de waarde van de twee appartementen mede van belang is. Consument herhaalt zijn standpunt zoals dit in eerste aanleg tot uitdrukking is gebracht, inhoudende dat indien de Bank haar zorgplicht was nagekomen, de Bank aan Consument een hypothecaire geldlening zou hebben verstrekt voor de aankoop van de twee appartementen van € 470.000,-. De schade wordt daarbij onderbouwd zoals in eerste aanleg, zie hiervoor onder 4.4. De Bank is van mening dat Consument geen schade heeft geleden omdat (kort gezegd) de vader van Consument niet bereid was geweest de renteverplichtingen (volgens de Bank: in ieder geval € 25.441,- per jaar) ten behoeve van zijn zoon te betalen, nog daargelaten dat de fiscus deze betaling vermoedelijk grotendeels als belaste schenking zou hebben beschouwd. Volgens de Bank is het juist de vader van Consument geweest die naar voren heeft gebracht dat de leningconstructie zichzelf zou bedruipen door middel van een beleggingsdepot.

- 6.4 De Commissie van Beroep is van oordeel dat een vergelijking met de hypothetische situatie dat aan Consument een ‘gewone’ lening ter waarde van € 470.000,- luidend in euro’s zou zijn verstrekt, niet opgaat. Uitgaande van enkel de financiële situatie van Consument zou de Bank die lening niet hebben verstrekt, omdat Consument niet in staat zou zijn geweest de renteverplichtingen te voldoen. Het verstrekken van een dergelijke lening was door het ontbreken van noemenswaardige inkomsten van Consument onverantwoord geweest. Een eventuele borgtocht van de vader van Consument aan de Bank ter hoogte van het alsdan geleende bedrag en de waarde van de appartementen zouden dat niet anders hebben gemaakt.
- 6.5 Consument heeft tegenover de gemotiveerde betwisting van de Bank niet aannemelijk gemaakt dat de vader van Consument bereid zou zijn geweest mee te werken aan de totstandkoming van een dergelijke gewone lening tussen de Bank en Consument. De opzet van de transactie was immers – zo blijkt uit de informatie die de Bank heeft overgelegd (zie hiervoor onder 3.3) – dat de vader van Consument de rentebetalingen op de lening zou voldoen middels schenkingen, één en ander na aftrek van het rendement op de verpande beleggingsportefeuille en de verwachting was dat de jaarlijkse schenking waarschijnlijk zeer beperkt zou blijven. Bij de verstrekking van een ‘gewone’ hypothecaire lening had de vader van Consument het volledige bedrag aan maandelijkse rente moeten voldoen.
- 6.6 De Commissie van Beroep is in het licht van het bovenstaande van oordeel dat Consument per saldo geen schade heeft geleden omdat het alternatief voor de huidige lening was geweest dat Consument de appartementen niet had gekocht. Mede dankzij de financiering van de Bank kon hij eigenaar worden van twee appartementen, die in de loop der jaren in waarde zijn gestegen. Uit een taxatierapport uit 2014 blijkt dat de marktwaarde van het appartement aan de [Straatnaam 1] toen al op € 1.300.000,- lag (aankoopwaarde € 300.000,-). Verder is op 2 juli 2017 het appartement aan de [Straatnaam 2] verkocht voor een bedrag van € 195.000,- (aankoopwaarde € 170.000,-). Alleen al uit deze waardeinstijging volgt dat Consument - die voorafgaand aan de financiering niet over enig noemenswaardig vermogen beschikte - een aanzienlijk voordeel heeft genoten mede als gevolg van de door de Bank gefinancierde aankopen, een voordeel dat hij zonder deze financiering niet zou hebben gehad.

Overige grieven

- 6.7 Consument stelt in grief 3 dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat Consument aangaande het indelen in een verkeerd beleggingsprofiel zijn klachtplicht ex artikel 6:89 BW heeft geschonden. Het kan in het midden blijven of Consument zijn klachtplicht heeft geschonden. Immers, in beroep koppelt Consument aan zijn klacht dat hem een te offensief risicoprofiel is toegedeeld niet langer een concrete vordering. Ten overvloede overweegt de Commissie van Beroep nog dat ook niet direct valt in te zien dat de beleggingsresultaten beter waren geweest indien aan Consument een defensief profiel was toegekend. Het staat immers vast dat hij - ondanks waarschuwingen van de Bank - ook zijn neutrale profiel heeft overschreden.

- 6.8 De Bank stelt in haar incidentele grief II dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft overwogen dat er geen sprake is van verjaring en van schending van de klachtplicht ten aanzien van de overkreditering. De Bank stelt in haar incidentele grief III dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft overwogen dat de Bank haar zorgplicht om te waken voor overkreditering heeft geschonden. Een inhoudelijk oordeel over deze grieven is niet noodzakelijk voor een eindbeslissing in de zaak, omdat Consument per saldo geen schade heeft geleden (zie hiervoor onder 6.6).
- 6.9 De conclusie is dat zowel het principaal beroep als het incidenteel beroep tevergeefs is ingesteld. De Commissie van Beroep zal daarom de uitspraak van de Geschillencommissie handhaven.

7. Beslissing

In het principaal en in het incidenteel beroep:

De Commissie van Beroep handhaaft het bindend advies van de Geschillencommissie.