

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-065 d.d. 10 februari 2014**

**(mr. H.J. Schepen, voorzitter, mr. W.F.C. Baars en prof.mr. M.L. Hendrikse, leden en mevrouw mr. F. Faes, secretaris)**

**Samenvatting**

Consument heeft in 2001 bij de bank een Meerwaardehypotheek afgesloten. Consument stelt dat de bank hem onvoldoende heeft geïnformeerd over de Meerwaardehypotheek en hij stelt de bank aansprakelijk voor de geleden schade. Naar het oordeel van Commissie is de bank tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Consument, met name in haar waarschuwingsplicht met betrekking tot het aan de Meerwaardehypotheek verbonden beleggingsrisico. De vordering van Consument wordt gedeeltelijk toegewezen.

Consument,

tegen

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

**I. 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 6 maart 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- de brief met bijlagen van Aangeslotene van 11 november 2013;
- de brief met bijlagen van Consument van 25 november 2013.

**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 1 november 2013 en aldaar verschenen. Aan de mondelinge behandeling werd van de zijde van de Commissie ook deelgenomen door het lid mr. A.P. Luitingh. Deze heeft na de zitting een beroep op zijn verschoningsrecht gedaan, aangezien tijdens de mondelinge behandeling gebleken is dat hij in de periode waarop de klacht mede betrekking heeft aan Aangeslotene verbonden is geweest. Hij is vervangen door het lid mr. W.F.C. Baars.

### 3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. In oktober 2001 hebben Consument en zijn echtgenote een hypothecaire geldlening bij (de rechtsvoorganger van) Aangeslotene afgesloten. Het betreft een zogenaamde Meerwaardehypothek; dit is een aflossingsvrije hypothek met een beleggingsdepot. Door inbreng van vermogen in de vorm van een beleggingsdepot, dat gedeeltelijk wordt aangewend ter voldoening van de hogere hypotheekasten, kan een hoger bedrag worden geleend dan uitsluitend op basis van enkel het inkomen mogelijk is. Door middel van de beleggingsportefeuille wordt ook kapitaal ter aflossing van de geldlening opgebouwd.
- 3.2. In de bij de hypotheekofferte behorende Meerwaarde-overeenkomst van 1 oktober 2001, welke op 5 oktober 2001 door Consument en zijn echtgenote voor akkoord is ondertekend, staat voor zover relevant het volgende vermeld:

Pagina 1:

Gegevens Postbank MeerWaardehypothek:	
Hoofdsom Postbank MeerWaardehypothek	€ 272.268,13 (f 600.000,00)
Totaal in te brengen vermogen	€ 88.487,14 (f 195.000,00)
Looptijd	30 jaar
Aanvullingsgedeelte	€ 83.301,34 (f 183.572,00)
Aanvulling p/m	€ 542,27 (f 1.195,00)
Kapitaalopbouwgedeelte	€ 5.185,80 (f 11.428,00)

Pagina 2:

#### **Fondskeuze voor Aanvullingsgedeelte**

Het Aanvullingsgedeelte wordt ingelegd in het Postbank Obligatiefonds. Hierbij is geen keuze of switchen mogelijk.

[...]

De waarde van uw beleggingen kan fluctueren. In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst. Alle Postbank beleggingsfondsen zijn in het bezit van een vergunning op grond van De Nederlandse Bank N.V. op grond van de Wet Toezicht beleggingsinstellingen.

- 3.3. Consument heeft bij het afsluiten van de Meerwaardehypothek de brochure "Postbank MeerWaardehypothek Het onmogelijke wordt mogelijk" (hierna: de Brochure") en de "Handleiding Beleggersgiro" ontvangen. In de Brochure staat voor zover relevant het volgende vermeld:

Let op!

De waarde van uw belegging kan fluctueren. In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst. Alle Postbank-beleggingsfondsen zijn in het bezit van een vergunning op grond van De Nederlandse Bank N.V. op grond van de Wtb. [...]

- 3.4. Vanwege het tegenvallende rendement van het Postbank Obligatiefonds, waarin het gehele vermogensdeel van de Meerwaardehypothek werd belegd, heeft Aangeslotene begin 2004 aan haar klanten met een Meerwaardehypothek een Garantierегeling voorgesteld waarbij uit twee garantie-opties kon worden gekozen. Consument heeft geen gebruik gemaakt van de aangeboden Garantierегeling en heeft zijn Meerwaardehypothek in juni 2004 omgezet in een Aflossingsvrije Hypothek. Het door Consument aangehouden beleggingsdepot is geliquideerd; de

verkoopopbrengst bedroeg € 57.199,-. Een bedrag van € 27.268,- van deze opbrengst is door Consument gebruikt voor een gedeeltelijke aflossing van de geldlening.

- 3.5. Nadien heeft Consument problemen gekregen om zijn maandelijkse hypotheeklasten te betalen.

#### **4. De vordering en grondslagen**

- 4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem geleden schade. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag van € 78.046,-.
- 4.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene tekort is geschoten in de op haar rustende zorgplicht. Aangeslotene heeft Consument onvoldoende geïnformeerd over eigenschappen en risico's van de Meerwaardehypotheek. Daarnaast heeft Consument door de Meerwaardehypotheek een hogere dan noodzakelijke geldlening afgesloten. Tevens heeft hij door deze constructie een beleggingsrisico gelopen.
- 4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### **5. Beoordeling**

##### *Vaststellingsovereenkomst*

- 5.1. Bij de afronding van de mondelinge behandeling heeft Aangeslotene een beroep gedaan op een tussen partijen in 2012 gesloten vaststellingsovereenkomst en gesteld dat partijen hierin elkaar over en weer finale kwijting hebben verleend ten aanzien van alle geschillen omtrent de Meerwaardehypotheek.
- 5.2. De Commissie heeft ter zitting geoordeeld dat Aangeslotene onder de gegeven omstandigheden geen beroep toekomt op deze vaststellingsovereenkomst. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene in een zodanig laat stadium van de procedure hierop een beroep heeft gedaan dat het beginsel van een goede procesorde zich daartegen verzet. Het had immers op de weg van een professionele dienstverlener als Aangeslotene gelegen om uiterlijk in het laatste stadium van de schriftelijke fase van de Geschillencommissieprocedure op het onderhavige verstrekkende verweer een beroep te doen.

##### *Gebrekkige advisering/informatievoorziening*

- 5.3. De Commissie stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat (de rechtsvoorganger van) Aangeslotene Consument in 2001 heeft geadviseerd over de Meerwaardehypotheek. Aldus is tussen partijen een overeenkomst van opdracht tot stand gekomen. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:401 BW is Aangeslotene daarbij als opdrachtnemer gehouden om bij de uitvoering van zijn werkzaamheden jegens Consument de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. In de verhouding tussen Consument en Aangeslotene als deskundig adviseur brengt dit mee dat Aangeslotene bij de uitvoering van haar (advies)werkzaamheden dient te handelen overeenkomstig hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur

mag worden verwacht. Meer concreet betekent dit dat Aangeslotene gehouden is bij Consument informatie in te winnen omtrent diens kennis en ervaring, wensen, doelen en mogelijkheden teneinde zich ervan te verzekeren dat de door haar te verstrekken (financiële) adviezen aansluiten bij de wensen en mogelijkheden van de Consument. Daarnaast mag van Aangeslotene worden verwacht dat zij Consument voldoende duidelijke en juiste informatie verstrekt om hem in staat te stellen een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken de te geven adviezen al dan niet op te volgen. De gevolgen van die keuze komen dan vervolgens voor rekening van Consument. Tegen deze achtergrond moet thans worden beoordeeld of, zoals Consument stelt, Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht. Daarbij stelt de Commissie voorop dat de juistheid van het advies moet worden beoordeeld naar de maatstaven die daarvoor ten tijde van het uitbrengen van het advies golden.

- 5.4. Vaststaat dat Consument bij het afsluiten van de Meerwaardehypothek alleen beschikte over de Meerwaardeovereenkomst, de Brochure en de Handleiding Beleggersgiro. Consument heeft betwist dat hij bij het afsluiten de “Handleiding Meerwaardehypothek”, de “Kenmerken en voorwaarden Meerwaardehypothek” en de Financiële Bijsluiter heeft ontvangen.
- 5.5. Door Aangeslotene is niet weersproken dat Consument voor de aankoop van zijn nieuwe woning slechts een hypothecaire lening van ca € 175.000,- nodig had. Door Aangeslotene is echter aan Consument geadviseerd met het oog op een vermindering van de maandelijkse lasten een bedrag van ruim € 272.000,- te lenen, waarvan een bedrag van ruim € 88.000,- werd belegd in het Postbank Obligatiefonds. Uit de stukken blijkt slechts dat Consument in algemene termen op het risico van beleggen is geattendeerd. Niet is gebleken dat Aangeslotene Consument meer expliciet voor het risico van deelname in het Postbank Obligatiefonds, waarvan het rendement op dat moment dalende was, heeft gewaarschuwd. Evenmin is gebleken dat Aangeslotene heeft onderzocht of de draagkracht van Consument zodanig was dat het risico van beleggen met geleend geld van ca € 88.000,- verantwoord was. Het een en ander betekent dat Aangeslotene de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden en mitsdien voor de door Consument geleden schade als gevolg van onder meer geleden beleggingsverlies aansprakelijk is, afgezien van een aftrek voor eventuele eigen schuld van Consument.

#### *Schade*

- 5.6. Bij de berekening van de schade gaat de Commissie er vanuit, dat Consument – zoals door hem gesteld – de Meerwaardehypothek bij een juiste voorlichting door Aangeslotene niet zou hebben gesloten. Het bedrag van de schade dat voor vergoeding in aanmerking komt wordt alsdan door de Commissie gesteld op € 37.384,44. Dit bedrag heeft de Commissie als volgt berekend:

	<b>Te vergoeden bedrag</b>
<b>Beleggingsverlies:</b> € 88.487,14 (beginwaarde depot) – € 57.199,- (verkoopopbrengst)	<b>€ 31.288,14</b>
<b>Renteschade:</b>	

1/10/2001 tot 1/6/2004 over € 88.487,- : 33 maanden tegen 6,3% = € 15.330,- 1/6/2004 tot 2012 over € 31.288,- : 71 maanden tegen 6,3% = € 11.662,60 Samen: € 26.992,60 bruto Uitgaande van een fiscaal voordeel van 50%: € 26.992,60*50%	<b>€ 13.496,30</b>
<b>Subtotaal</b>	<b>€ 44.784,44</b>
<b>In mindering te brengen: kwijtschelding in 2012</b>	<b>-/- € 7.400,00</b>
<b>Totaal te vergoeden bedrag</b>	<b>€ 37.384,44</b>

- 5.7. De Commissie ziet echter aanleiding het hier voorgenoemde bedrag te verminderen vanwege eigen schuld van Consument. De Commissie neemt daarbij in aanmerking dat het ook op de weg van Consument had gelegen om, alvorens de Meerwaardehypotheek af te sluiten, kennis te nemen van de eigenschappen van het product te na te gaan of de inhoud overeenkwam met zijn persoonlijke omstandigheden en doelstellingen. Voor zover hij de diverse stukken niet heeft bestudeerd en daardoor de inhoud niet (voldoende) tot zich hebben genomen, dient dit voor zijn rekening te blijven. Daarbij is ook van belang dat ook aan Consument bekend moet zijn geweest dat beleggen altijd risico's meebrengt. De Commissie is onder deze omstandigheden van oordeel dat de schadevergoedingsplicht van Aangeslotene op de voet van artikel 6:101 Burgerlijk Wetboek verminderd moet worden met 50%. Dit betekent dat Aangeslotene een bedrag van € 18.692,22 (€ 37.384,44\*50%) Consument dient te vergoeden.
- 5.8. Nu Consument gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld, dient Aangeslotene tevens het door Consument verschuldigde klachtgeld ad € 50,- voor de behandeling van het onderhavige geschil te vergoeden.
- 5.9. 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 Aangeslotene binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd een bedrag van € 18.692,22 aan Consument dient te vergoeden, met vergoeding aan Consument van diens eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht, zijnde € 50,-. Het meer of anders gevorderde 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](http://kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan).