

## **Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 174**

**d.d. 15 juli 2011**

**(de heer prof. mr. drs. M.L. Hendrikse, voorzitter, de heer J.C. Buiten, de heer mr. H.J. Schepen, de heer prof. drs. A.D. Bac RA en de heer drs. L.B. Lauwaars RA)**

### **Samenvatting**

Ontvankelijkheid, aangaan Trading-relatie (adviesrelatie), verstrekte adviezen.

Feiten waarover wordt geklaagd liggen niet in een te ver verleden. Aangeslotene is niet in haar procesbelang geschaad; zij is tijdig in de gelegenheid gesteld te reageren op de klacht van Consument en heeft de ontstane vertraging mede aan zichzelf te wijten door haar onderzoek steeds te heropenen.

Het is niet gebleken dat Aangeslotene onzorgvuldig heeft gehandeld door met Consument een "Trading"-relatie aan te gaan. De aard van een "Trading"-relatie brengt mee dat Aangeslotene actief adviseert. Indien een consument daar niet tegen bestand is, dient hij de "Trading"-relatie te beëindigen. Consument heeft dat dan ook gedaan.

Verder is niet gebleken van omstandigheden waaruit volgt dat de door de bank verstrekte adviezen niet zouden passen bij Consument of anderszins onjuist zou zijn, noch dat zij op ondeugdelijke wijze zouden zijn verstrekt.

De klacht is in alle onderdelen ongegrond.

### **1. Procedure**

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 met bijlagen, d.d. 6 en 9 juni 2008;
- de aanvulling op het verzoek d.d. 26 juni 2008;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 16 augustus 2010;
- de repliek van Consument d.d. 12 september 2010;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 4 oktober 2010;
- ter hoorzitting overgelegde stukken.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

De Commissie heeft vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 20 april 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

### **2. Feiten**

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 In 2005 is Aangeslotene gestart met het aanbieden van “Trading”. Deze beleggingservice is geschikt voor actieve ervaren beleggers met een korte termijn strategie die voldoende tijd hebben om actief te beleggen, die de risico’s van korte termijn beleggen goed kunnen inschatten en die behoefte hebben aan een sparringpartner die hen, op eigen initiatief en op frequente basis, onder meer adviseert over aandelen en derivaten, zoals opties en turbo’s, en complexe handelsstrategieën.
- 2.2 Consument belegt al geruime tijd (ongeveer 30 jaar) zelfstandig, onder meer bij Aangeslotene en met name in aandelen en opties, als hij in november 2005 telefonisch door Aangeslotene wordt benaderd over “Trading”. Partijen hebben daarna opnieuw een gesprek over deze beleggingservice van Aangeslotene, waarna min of meer stilzwijgend is aangevangen met de “Trading”-relatie.
- 2.3 Uit dien hoofde heeft Aangeslotene Consument op of omstreeks 8 december 2005 geadviseerd om te beleggen in Turbo’s Palladium. In overleg met Aangeslotene heeft Consument besloten eerst te beleggen in Turbo’s van een voor hem bekend fonds. Die Turbo’s zijn op 8 december 2005 aangeschaft. Vervolgens is Consument op 9 december 2005 overgegaan tot aankoop van de door Aangeslotene geadviseerde Turbo’s Palladium. Deze Turbo’s zijn op 14 december 2005 verkocht met een verlies van € 5.522,- (excl. provisie). Op dezelfde datum verkocht Consument de op 8 december 2005 aangeschafte Turbo’s met een winst van € 2.750,- (excl. provisie).
- 2.4 Op 16 december 2005 heeft Consument aan Aangeslotene kenbaar gemaakt dat hij erg onrustig werd van de nieuwe beleggingsservice en de daarbij horende hoge contactfrequentie. Partijen hebben hierover gesprekken gevoerd. Tijdens deze gesprekken, maar ook in de periode daarvoor, heeft Aangeslotene Consument aangeraden zijn aandelen Covad te verkopen. Dit, ongevraagd gegeven, suggestie heeft Consument opgevolgd; hij verkocht op of omstreeks 21 december 2005, via een derde partij, alle in zijn portefeuille aanwezige aandelen Covad. In de daaropvolgende week steeg de koers van het aandeel Covad flink (met circa 60%). Consument beëindigde daarop de “Trading”-relatie met Aangeslotene, die al met al zo’n drie weken heeft geduurd, en kocht een deel van de aandelen Covad terug.

### **3. Geschil**

- 3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag ad € 77.529,96, zijnde het totale verlies op de Turbo’s Palladium ad € 5.635,75 (incl. provisie) plus het verschil tussen de verkoopopbrengst en de terugkoopsom van circa 200.000 aandelen Covad ad € 71.839,93. Dit bedrag dient te worden vermeerderd met de wettelijke rente.
- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
  - Aangeslotene heeft onzorgvuldig gehandeld door met Consument een “Trading”-relatie aan te gaan;

- Aangeslotene heeft onzorgvuldig gehandeld door bij Consument aan te dringen (Consument omschrijft dit als “stalking”) op het aankopen van een Turbo Palladium, op het verkopen van zijn aandelen Covad en op het aankopen van aandelen GTCB. Aangeslotene heeft Consument hierdoor overgehaald tot het nemen van onverantwoorde beleggingsbeslissingen.
- 3.3. Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De door partijen betrokken stellingen worden in het hiernavolgende voor zover nodig besproken.

#### **4. Beoordeling**

Naar aanleiding van het over en weer door partijen in de schriftelijke voorfase gestelde en hetgeen door hen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht, overweegt de Commissie als volgt.

4.1 Het verweer van Aangeslotene dat Consument niet-ontvankelijk is in zijn klacht omdat de feiten in een te ver verleden liggen, wordt verworpen. Consument heeft zijn klacht tijdig na het ontstaan ervan voorgelegd aan Aangeslotene, waarna Aangeslotene deze in behandeling heeft genomen. Na het bekend maken van haar standpunt heeft Aangeslotene, op verzoek van Consument, haar onderzoek meermaals heropend. Lopende termijnen, waarvan Consument verondersteld wordt op de hoogte te zijn geweest, zijn hierdoor steeds opgeschoven. Indien dit niet de bedoeling was van Aangeslotene, had het op haar weg gelegen in niet mis te verstane bewoordingen aan Consument mee te delen dat haar (eerder geformuleerde) standpunt definitief was en af te zien van heropening van haar onderzoek. Daarbij tekent de Commissie aan dat Aangeslotene Consument in haar reactie op de klachtuiting niet expliciet heeft gewezen op de reglementaire drie-maanden-termijn (als bedoeld in artikel 5 sub b Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening), hetgeen de voorkeur verdient, maar heeft volstaan met een verwijzing naar een brochure waarin de klachtprocedure wordt omschreven.

Haar laatste reactie op de klachtuiting heeft Aangeslotene gegeven in haar brief van 14 augustus 2007. Die brief merkt de Commissie aan als het definitieve standpunt van Aangeslotene. Consument heeft zijn klacht op 1 november 2007, dat is binnen de reglementaire drie-maanden-termijn en zodoende tijdig, voorgelegd aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening. De Commissie heeft bovendien vastgesteld dat Aangeslotene niet in haar procesbelang is geschaad; zij is tijdig in de gelegenheid gesteld te reageren op de klacht van Consument en heeft de ontstane vertraging mede aan zichzelf te wijten door haar onderzoek steeds te heropenen.

4.2 Voor wat betreft de inhoudelijke kant van het geschil stelt de Commissie voorop dat haar niet is gebleken dat Aangeslotene onzorgvuldig heeft gehandeld door met Consument een “Trading”-relatie aan te gaan. Tussen het eerste informatieve gesprek over deze beleggingsservice en het tweede gesprek, waarna de “Trading”-relatie tot stand kwam, zat een aantal weken, zodat moet worden aangenomen dat Consument

voldoende bedenktijd heeft gehad en de “Trading”-relatie weloverwogen heeft aangegaan. Verder acht de Commissie het begrijpelijk dat Aangeslotene Consument heeft aangemerkt als een belegger voor wie deze beleggingservice geschikt zou kunnen zijn; Consument voldeed aan de gestelde criteria. Dat de uitvoering van de “Trading”-relatie, bestaande uit veelvuldig langdurig telefonisch contact, veel onrust veroorzaakte bij Consument, kan Aangeslotene niet worden aangerekend. De aard van een “Trading”-relatie brengt mee dat Aangeslotene actief adviseert. Indien een consument daar niet tegen bestand is, dient hij de “Trading”-relatie te beëindigen. Consument heeft dat dan ook gedaan.

- 4.3 Consument stelt gedurende de “Trading”-relatie onder druk van Aangeslotene te zijn overgegaan tot het nemen van bepaalde beleggingsbeslissingen. Ter onderbouwing van zijn stelling verwijst hij naar de door Aangeslotene gemaakte bandopnames van de gevoerde telefoongesprekken, waarvan Aangeslotene heeft verklaard die niet te hebben bewaard. De Commissie overweegt dat, slechts indien vastgesteld zou worden dat de door Consument omschreven “druk” kenmerkt als bedreiging of misbruik van omstandigheden als bedoeld in artikel 3:44 BW of anderszins onrechtmatig zou zijn, dit zou kunnen leiden tot juridische consequenties. Daarvan is haar evenwel niet gebleken, noch heeft Consument voldoende gemotiveerd gesteld dat daarvan sprake was. Dat Aangeslotene de bandopnames gedurende deze klachtprocedure niet heeft bewaard, blijft derhalve zonder gevolg.
- 4.4 De Commissie begrijpt dat Consument verder van mening is dat Aangeslotene gedurende de “Trading”-relatie ondeugdelijke adviezen heeft verstrekt. Voor de beoordeling van die klacht stelt de Commissie voorop dat de “Trading”-relatie het kenmerk draagt van een adviesrelatie. Uitgangspunt in een adviesrelatie is dat de beleggingsbeslissingen uiteindelijk worden genomen door de belegger. In beginsel is de belegger daarom zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van die beslissingen. Dit kan anders zijn als komt vast te staan dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt.
- 4.5 Aangeslotene heeft Consument na aanvang van de “Trading”-relatie geadviseerd te beleggen in Turbo’s Palladium. Dit is een speculatieve belegging. Het is voor de Commissie voldoende komen vast te staan dat Consument als een speculatieve belegger kan worden getypeerd. Een advies om te beleggen in Turbo’s past in beginsel bij een type belegger als Consument. De Commissie is niet gebleken van omstandigheden waaruit volgt dat dit advies in dit geval niet zou passen bij Consument of anderszins onjuist zou zijn.
- 4.6 Daarbij heeft de Commissie vastgesteld dat Aangeslotene de werking van de Turbo’s telefonisch aan Consument heeft toegelicht en dat Consument het advies van Aangeslotene niet voetstoots heeft opgevolgd. Hij heeft eerst Turbo’s gekocht van een fonds dat hij al kende om zo bekend te worden met de werking van dit beleggingsproduct. Het is voor de Commissie dan ook niet gebleken dat Aangeslotene haar advies op een ondeugdelijke wijze zou hebben verstrekt aan Consument.

- 4.5 Weliswaar is Consument op aandringen van Aangeslotene reeds één dag na aankoop van de Turbo van het fonds dat hij al kende overgegaan tot aankoop van de geadviseerde Turbo, doch daaruit kan niet worden afgeleid dat Aangeslotene een verwijt treft. Consument is namelijk verantwoordelijk voor zijn eigen beleggingsbeslissingen en had, indien hij behoefte had aan meer informatie of meer tijd, het advies van Aangeslotene tot aankoop van de Turbo Palladium naast zich neer kunnen leggen.
- 4.6 Ook uit de ontwikkelingen op de grondstoffenmarkt daags na aankoop van de Turbo Palladium, welke ontwikkelingen Consument, op advies van Aangeslotene, tot het treffen van verliesbepurende maatregelen (verkoop van de Turbo) noopten, kan niet worden afgeleid dat het advies van Aangeslotene tot aankoop van de Turbo Palladium ondeugdelijk was. Dergelijke omstandigheden en de consequenties daarvan zijn eigen aan beleggen. Consument wordt geacht van die risico's op de hoogte te zijn en de gevolgen daarvan komen voor zijn rekening. De Commissie concludeert dat het advies van Aangeslotene om te beleggen in Turbo's Palladium zich niet kenmerkt als een advies dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur niet had mogen geven.
- 4.7 Verder heeft Aangeslotene na aanvang van de "Trading"-relatie Consument meermaals aangeraden om tot verkoop van zijn aandelen Covad over te gaan. Voor zover deze suggestie al als advies kan worden aangemerkt, oordeelt de Commissie dat dit geen ondeugdelijk en/of onbegrijpelijk advies betreft. Consument voor wie, op eigen verzoek, geen portefeuilleprofiel was vastgesteld, had zijn portefeuille bewust op een bepaalde wijze samengesteld. De op Aangeslotene rustende zorgplicht brengt mee dat zij de wijze van inrichting van de portefeuille, in het kader van de "Trading"-relatie, met Consument bespreekt en eventueel adviseert daarin aanpassingen te doen. Dit geldt des te meer als, zoals in dit geval, de portefeuille zeer offensief is ingericht en Aangeslotene signalen ontvangt van onrust bij Consument. Het is vervolgens aan Consument om de adviezen van Aangeslotene al dan niet op te volgen. Hij is immers eindverantwoordelijk voor zijn beleggingsbeslissingen.
- 4.8 Consument is (uiteindelijk) overgegaan tot verkoop van zijn aandelen Covad. Daags na de verkoop van de aandelen Covad stegen de koersen daarvan flink. Ook dat is een risico van beleggen en zodoende een omstandigheid die niet tot de conclusie kan leiden dat het advies van Aangeslotene onjuist was of niet gegeven had mogen worden.
- 4.9 Consument heeft ten slotte aangevoerd dat het advies van Aangeslotene om met de opbrengst van de verkoop van de aandelen Covad, aandelen GTCB te kopen, een slecht advies betrof. Nu Consument met de verkoopopbrengst van de aandelen Covad geen aandelen GTCB heeft aangekocht, heeft Consument bij die stelling geen belang.
- 4.10 Resumerend is de klacht in alle onderdelen ongegrond, zodat de vordering van Consument moet worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten, waaronder het ongenoegen van Consument over de wijze waarop Aangeslotene zijn klacht heeft behandeld, kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

## **6. Beslissing**

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering af.

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.