

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 201

d.d. 19 augustus 2011

(mr. C. E. du Perron, voorzitter, R.H.G. Mijne en drs. L.B. Lauwaars RA, leden)

Samenvatting

Binnen een adviesrelatie is de aansprakelijkheid van de dienstverlener in beginsel beperkt tot (de gevolgen van) adviezen die een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur niet had mogen geven. Gezien het overeengekomen risicomodel was gedeeltelijk sprake van een ondeugdelijk advies maar valt Consument eigen schuld te verwijten.

I. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief van Consument van 4 mei 2010;
- het door Consument ingevulde vragenformulier met bijlagen ontvangen 7 juni 2010;
- de door Consument ingevulde verklaring ontvangen 15 juni 2010;
- het verweer van Aangeslotene van 20 september 2010;
- de repliek van Consument van 13 oktober 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 17 november 2010;
- de door Aangeslotene bij brief van 28 maart 2011 overgelegde brochure.

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 op 30 maart 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Tussen Aangeslotene en Consument bestaan beleggingsadviesrelaties in zowel zijn hoedanigheid als privépersoon als ook in die van bestuurder van zijn pensioenvennootschap en zijn persoonlijke houdstermaatschappij. Consument heeft de tegoeden van deze laatste twee rechtspersonen bij Aangeslotene ondergebracht in één zakelijke beleggingsportefeuille (hierna te noemen: de zakelijke portefeuille). Op deze portefeuille is portefeuillemodel 1 van toepassing, een zeer defensief profiel dat enkel het beleggen in obligaties en het aanhouden van liquiditeiten toestaat. Op zijn privéportefeuille is het portefeuillemodel 2 van toepassing, een defensief profiel waarin naast obligaties tevens een deel in aandelen kan worden belegd.

2.2 In 2006 heeft Aangeslotene na een gesprek met Consument voor zijn zakelijke portefeuille een aantal producten aangeschaft, te weten de Klik & Klaar Note II (hierna te noemen: Note II) voor nominaal € 25.000,-- en de Variabele Perpetuele Obligatie ING III (hierna te noemen: ING perpetual), eveneens voor nominaal € 25.000,-- ; in de

privéportefeuille heeft aanschaf van deze producten voor € 45.000,-- respectievelijk € 40.000,-- plaatsgevonden. Hierbij is ook het profiel van de zakelijke portefeuille op model II vastgesteld, hetgeen bij brief van 30 mei 2006 aan Consument is bevestigd.

2.3 In 2007 heeft Aangeslotene na een gesprek met Consument voor zijn zakelijke portefeuille de Klik & Klaar Note III (hierna te noemen: Note III) voor nominaal € 25.000,-- aangeschaft. Zij heeft hiervoor de verkoopopbrengst van de in 2006 aangeschafte Note II aangewend. Ook in de privéportefeuille heeft deze aanschaf plaatsgehad voor € 20.000,-- waarbij op gelijke wijze de verkoopopbrengst van de in 2006 aangeschafte Note II is aangewend. Note III heeft een looptijd van 4 jaar, biedt een beperkt beschermingsniveau (tot een daling tot en met 20% van de startwaarde op 1 juni 2007 van de index, bij grotere dalingen is er sprake van een volledig koersrisico over de hoofdsom) en kent aldus geen hoofdsomgarantie. De onderliggende waarde van de Note is de AEX-Index, de Note biedt een mogelijk rendement van 8,25% per jaar, keert geen dividend uit en wordt tot de zakelijke waarden gerekend.

2.4 Op 21 mei 2007 is de samenstelling van de portefeuilles als volgt:

Zakelijk

	Categorie	Waarde %	Aanbevolen %	Waarde €
	Aandelen	11	20	26.625,00
	Obligaties	28	45	68.432,37
	Onroerend Goed	0	5	0,00
	Liquiditeiten	61	30	148.975,37
Totaal		100	100	244.023,74

Privé

	Categorie	Waarde %	Aanbevolen %	Waarde €
	Aandelen	39	20	103.490,75
	Obligaties	21	45	68.432,37
	Onroerend Goed	7	5	16.993,87
	Liquiditeiten	33	30	85.929,95
Totaal		100	100	244.023,74

2.5 De in beide portefeuilles opgenomen producten hebben een dalend koersverloop gekend. Consument heeft zich over deze ontwikkeling in een brief van 19 juli 2008 tot Aangeslotene gewend waarna zij bij brief van 15 augustus 2008 in is gegaan op de precieze aard van de beleggingen van Consument.

3. Geschil

3.1 Consument vordert garantie van zijn inleg of anders vergoeding van de door hem geleden schade, door hem begroot op een bedrag van € 51.018,--, bestaande uit de verliezen in de privéportefeuille (€ 8.630,-- voor Note III en € 17.600,-- voor de ING perpetual) en die in de zakelijke portefeuille (€ 10.788 voor Note III en € 14.000 voor de ING perpetual).

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Consument heeft steeds aangegeven een hoofdsomgarantie belangrijker te vinden dan een hoger rendement, conform zijn risicoprofiel en gezien het feit dat hij zijn pensioenleeftijd naderde. Zijn klacht is niet ingegeven door het uitbreken van de kredietcrisis aangezien zijn bezorgdheid bij Aangeslotene ruim daarvoor bekend was.

Consument is van mening dat Aangeslotene in strijd heeft gehandeld met haar zorgplicht. Hij stelt daartoe dat Aangeslotene hem bij de aankoop van Note III onvoldoende heeft geïnformeerd aangaande de risico's. Daarnaast is hij van mening dat Aangeslotene hem niet had mogen adviseren in voornoemde note te beleggen aangezien dit product geen hoofdsomgarantie kende en hij Aangeslotene had gewezen op zijn wens slechts in producten met een hoofdsomgarantie te beleggen.

3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.

4.1 De Commissie stelt vast dat tussen Consument en Aangeslotene effectendienstverleningsrelaties op basis van advies bestaan. Kenmerkend voor deze wijze van beleggen is dat Consument zelf het beleggingsbeleid bepaalt, dat transacties alleen in expliciete opdracht van Consument mogen worden uitgevoerd en dat Consument verantwoordelijk is voor de samenstelling van zijn effectenportefeuille. Binnen een dergelijke adviesrelatie is de aansprakelijkheid van de dienstverlener in beginsel beperkt tot (de gevolgen van) adviezen die een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur in redelijkheid niet had mogen geven. Daarbij kan volgens vaste jurisprudentie van de Commissie met name worden gelet op hetgeen Aangeslotene bekend was, of behoorde te zijn, omtrent de doeleinden van Consument en diens financiële omstandigheden, en op hetgeen Aangeslotene ten tijde van het geven van het advies bekend kon zijn ten aanzien van de desbetreffende producten.

4.2 Consument stelt dat een hoofdsomgarantie voor hem essentieel was bij de keuze van de individuele beleggingen. Zulks blijkt niet uit de met Aangeslotene gemaakte afspraken over de dienstverlening en over de te hanteren profielen voor de portefeuilles. Gezien eerdere beleggingen in Klik & Klaar Notes II is zulks ook niet aannemelijk gebleken. Wel staat vast dat Consument beperking van het risico wenste onder meer vanwege een naderende pensioenleeftijd. Hieraan is in de vaststelling van de risicoprofielen voor de portefeuilles aandacht gegeven door vaststelling van het model 2: defensief voor beide portefeuilles, na aanvankelijk een model 1: zeer defensief voor de zakelijke portefeuille. Deze risicoprofielen zijn vastgelegd en door Consument ondertekend.

4.3 De Commissie ziet aanleiding allereerst de verkoop van Note II en aanschaf van Note III te bespreken. Deze aankoop voor beide portefeuilles vond plaats op 22 mei 2007 na een gesprek waarin door Aangeslotene tot deze aankoop is geadviseerd. Hierbij is gebruik gemaakt van portefeuilleoverzichten per 21 mei 2007, waarop de geadviseerde transacties zijn vermeld en welk stuk ook door Consument is ondertekend. Uit deze stukken blijkt dat voor de privéportefeuille die datum reeds van een substantiële overweging van de categorie Aandelen sprake was ten opzichte van het overeengekomen profiel, welke overweging gehandhaafd bleef na uitvoering van de transacties in die portefeuille. Daarmee staat vast dat er niet is gehandeld naar het profiel dat er lag. Zeker op het moment dat er de verkoop van Note II plaatshad, had het op de weg van Aangeslotene gelegen een advies te geven dat de portefeuille in lijn zou brengen met het overeengekomen profiel. Nu zij in plaats daarvan Consument geadviseerd heeft - een aanzienlijk gedeelte van -

het vrijgekomen bedrag te investeren in een soortgelijk product, te weten Note III, in plaats van in de onderwogen beleggingscategorie obligaties, is naar het oordeel van de Commissie sprake geweest van een advies dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur destijds niet had mogen geven. Deze aanschaf maakte namelijk dat de te respecteren bandbreedtes, in afwijking van het overeengekomen profiel, overschreden bleven.

Aangeslotene is daarmee in beginsel schadelijkt voor door dit advies ontstaan nadeel. Indien, zoals Aangeslotene heeft betoogd, het uitgangspunt was de in de portefeuille aanwezige aandelen op geleidelijke wijze af te bouwen zodat een steeds defensievere inrichting tot stand zou komen, had het in de rede gelegen dit aldus vast te leggen.

4.4 Consument heeft echter ingestemd met het advies en met de daardoor voortdurende overweging van de aandelen categorie in zijn privé portefeuille, terwijl hij uit de verstrekte portefeuilleoverzichten had kunnen begrijpen dat de overweging op deze wijze bleef voortbestaan. Daarmee is sprake van eigen schuld van Consument welke de Commissie gelet op de omstandigheden van het geval vaststelt op 40% van de hierna te benoemen schade.

4.5 Voorts rustte er op Consument, nadat het hem duidelijk was geworden dat er sprake was van een overweging, een schadebeperkingsplicht. Dit moment stelt de Commissie vast op 15 augustus 2008, daar, zoals door Aangeslotene gesteld en door Consument niet of in onvoldoende mate is weersproken, in de aan Consument gerichte brief van die datum van Aangeslotene duidelijk de werking van de Note III blijkt en hem dientengevolge ook helder had dienen te zijn dat de opname ervan in de zakelijke portefeuille tot overweging van de categorie aandelen bijdroeg. Enige schade na dit moment ontstaan, kan Aangeslotene niet meer worden aangerekend.

4.6 Nu de aanschafwaarde van Note III € 20.000,-- bedroeg en de koers op 15 augustus 2008 76,50% was, zou verkoop op voornoemde datum Consument € 15.300,-- hebben opgeleverd, hetgeen in een verlies van € 4.700,-- zou hebben geresulteerd. Conform het hiervoor benoemde percentage eigen schuld dient € 1.880,-- van dit bedrag voor rekening van Consument te blijven.

4.7 Gezien de asset allocatie van de zakelijke portefeuille kan Aangeslotene niet met succes een gelijkkluidend verwijt worden gemaakt als hiervoor met betrekking tot de privé portefeuille is beschreven. Immers niet kan worden gezegd dat de opbouw van de privéportefeuille door opname van de notes niet meer voldeed. Evenmin kan worden volgehouden, zoals Consument onterecht heeft aangevoerd, dat de door hem bij Aangeslotene geuite bezorgdheid had dienen te leiden tot een verkoopadvies, nu de verschillende beleggingscategorieën binnen de bijbehorende bandbreedtes van de privéportefeuille vielen. Ook is het onvoldoende aannemelijk geworden dat Consument zijn zorg op zodanige wijze heeft geuit dat het profiel had dienen te worden gewijzigd. Dit gedeelte van zijn vordering wijst de Commissie dan ook af.

4.8 Ten aanzien van het onderdeel van de klacht dat betrekking heeft op de ING Perpetuals overweegt de Commissie als volgt. Aangeslotene heeft naar het oordeel van de Commissie met recht het standpunt ingenomen dat deze klacht niet eerder bij haar noch bij de Ombudsman is voorgelegd en dat deze klachtuitbreiding derhalve niet ontvankelijk dient te worden verklaard. Consument heeft weliswaar ter zitting betoogd dat dit klachtonderdeel gezien moet worden als onderdeel van zijn klacht omtrent door hem niet gewenste risico's betreffende producten zonder hoofdsomgarantie, maar de Commissie acht zulks uit hetgeen haar aan informatie uit de eerdere klachtbehandeling is overgelegd

onvoldoende gebleken. Zij volgt mitsdien Aangeslotene in haar verweer en verklaart dit onderdeel van de klacht niet-ontvankelijk.

4.9 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument gedeeltelijk moet worden toegewezen voor zover deze toeziet op de overweging van de aandelen categorie in de privé portefeuille.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat Aangeslotene aan Consument dient te vergoeden een bedrag van € 2.820,--, vermeerderd met € 50,-- ter zake van door Consument betaalde eigen bijdrage voor behandeling van onderhavig geschil. Betaling dient te geschieden binnen een termijn van vier weken na de verzenddatum van dit bindend advies.

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.