

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 240

d.d. 6 oktober 2011

**(mr. C. E. du Perron, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en R.H.G. Mijné, leden,
mr. T.R.G. Leyh, secretaris)**

Samenvatting

Het gegeven beleggingsadvies was een advies dat Aangeslotene als redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur gezien de omstandigheden mocht geven. Het is voorts niet komen vast te staan dat Aangeslotene verplicht was tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van (verdere) waardedaling. Wel is in voldoende mate aannemelijk dat Consument een opdracht tot verkoop van de certificaten heeft gegeven. De voor Consument ontstane schade dient Aangeslotene te vergoeden.

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 brieven van Consument van 5 en 23 maart 2010 met als bijlagen het door Consument ingevulde vragenformulier ontvangen 24 maart 2010;
- de door Consument ingevulde verklaring ontvangen 16 april 2010;
- het verweer van Aangeslotene van 31 augustus 2010;
- de repliek van Consument van 17 oktober 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 10 november 2010;
- de ter zitting door Consument overgelegde pleitnota.

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 Consument heeft een effectenrekening bij Aangeslotene aangehouden waarop hij in 2003 de meeropbrengst van de verkoop van zijn vorige woning heeft gestort. Vanuit de aan deze rekening gekoppelde en op advies van Aangeslotene ingerichte portefeuille heeft Consument (deels) de rentebetalingen van de hypothecaire lening voor zijn huidige woning voldaan.

2.2 In de financieringsofferte van maart 2003 is onder meer het navolgende vermeld: "Na de verkoop van de (destijds aan Consument in eigendom toebehorende) woning aan de (X)straat zal een effectenportefeuille met een waarde van EUR 430.000 aan de bank worden verpand. Over het verpande tegoed op de beleggersrekening mag uitsluitend met voorafgaande schriftelijke toestemming van de bank worden beschikt. Op basis van het voor u acceptabele risico is een doelrisicoprofiel vastgelegd. Passend binnen dit doelrisicoprofiel

kan worden belegd in een aantal door de bank te selecteren/geselecteerde effecten. (...)
De waarde van de door u aan de bank verpande effecten en het tegoed op de beleggersrekening dient tenminste EUR 258.000 te bedragen.”

In de verpandingsakte van 6 mei 2003 is onder meer en voor zover hier van belang opgenomen:

“Effecten

Onderpand

In deze overeenkomst wordt met “het onderpand” bedoeld:

Alle effecten die in bewaring zijn gegeven en/of zullen worden gegeven bij c.q. worden beheerd en/of zullen worden beheerd door (Aangeslotene).

(...)

Bijzondere bepalingen

(...)

2. Over het onderpand mag uitsluitend met voorafgaande schriftelijke toestemming van de bank worden beschikt.”

2.3 Na een gesprek op 17 juli 2003 heeft Aangeslotene Consument een beleggingsvoorstel toegezonden. Daarin heeft zij onder meer opgenomen:

“Uw uitgangspunten (...)

Te beleggen vermogen € 430.000,00 (...)

Doelstelling Het aanhouden van een goed gespreide beleggingsportefeuille waaruit op jaarbasis ca. 4,5% kan worden onttrokken (...) en die aan het einde van de beleggingshorizon een waarde heeft van minimaal € 430.000,00.

Beleggingshorizon ca. 20 jaar

Beoogd rendement ca. 4,5 procent netto

Neerwaarts risico - 10 procent op jaarbasis

Doelrisicoprofiel Defensief

Instrumenten Individuele obligaties, obligatie- en aandelen beleggingsfondsen, (Aangeslotene) certificaten en de (Aangeslotene) Beleggersrekening.

Opmerking De portefeuille is verpand aan (Aangeslotene) i.v.m. een aan u verstrekte hypothecaire geldlening.”

2.4 In verband met het faillissement van de onderneming van Consument heeft de curator in augustus 2005 conservatoir beslag gelegd op de effectenrekening van Consument bij Aangeslotene.

2.5 Tussen partijen heeft tweemaal telefonisch contact plaatsgehad, in april 2008. Van het tweede gesprek, dat op 29 april 2008 plaatshad, zijn opnames bewaard gebleven. Voorts hebben partijen via e-mail contact onderhouden, onder meer op 14 april 2008.

2.6 In de portefeuille bevonden zich eind april 2008 onder meer 300 certificaten, een beleggingsproduct waarbij Aangeslotene als uitgever fungeert, welke gezamenlijk een waarde van nominaal € 30.000 vertegenwoordigden. Per 29 april 2008 was de koers van de certificaten € 107,90; per 3 juli 2008 noteerden ze € 103,50. De portefeuille is gedurende deze zelfde periode met circa € 20.000 in waarde gedaald.

2.7 Op 7 augustus 2008 heeft de curator het beslag op de effectenrekening opgeheven.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, bestaand uit het waardeverlies van de portefeuille ad € 20.000 en het verlies op de certificaten ad € 1.320 te vermeerderen met de wettelijke rente over de periode juli 2008 tot heden.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Consument stelt Aangeslotene in april 2008 meegedeeld te hebben zijn portefeuille te willen liquideren en de opbrengst op een deposito te zetten totdat het beslag zou zijn opgeheven en hij uitvoering kon geven aan zijn voornemen een nader bepaald onroerend goed aan te schaffen. Consument stelt geen risico op waardevermindering van de effecten hebben te willen lopen. Aangeslotene heeft Consument op 29 april 2008 gebeld met de mededeling dat zij de effectenportefeuille vooralsnog in stand wilde laten maar de certificaten in mei 2008 zouden worden verkocht en voorts dat partijen elkaar op de hoogte zouden houden, aldus nog steeds Consument. Nadat Consument eind juni 2008 ontdekte dat de effectenportefeuille met € 20.000 in waarde was gedaald, heeft hij zich bij Aangeslotene beklagd over de gang van zaken op de volgende gronden:

- 1) Aangeslotene heeft onduidelijkheid laten ontstaan en bestaan over de vorm van effectendienstverlening. Consument verkeerde in de veronderstelling dat er een beheerrelatie was.
 - 2) Aangeslotene is verantwoordelijk voor het besluit eind april 2008 om de effecten niet te verkopen.
 - 3) Aangeslotene heeft onzorgvuldig gehandeld door eind april 2008 de effecten niet te verkopen zoals door Consument verzocht.
 - 4) Aangeslotene heeft nalatig gehandeld door de effecten niet alsnog tijdig te verkopen.
 - 5) Aangeslotene is de afspraak niet nagekomen om de Certificaten zoals toegezegd in mei in te leggen voor verkoop.
 - 6) Aangeslotene heeft daarnaast op andere punten onzorgvuldig en onjuist gehandeld.
- 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 partijen sprake was van een beleggingsadviesrelatie. Consument heeft gesteld dat sprake was van vermogensbeheer, aangezien volgens hem door de verpanding van de rekening de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid erover bij Aangeslotene rustte. De Commissie is echter met Aangeslotene van oordeel dat het pandrecht niet een zodanig verstrekkend gevolg had dat de aard van de tussen partijen bestaande relatie erdoor zou zijn veranderd. In het bijzonder gaf het pandrecht Aangeslotene niet de bevoegdheid om, buiten het geval van eventuele executie, zonder toestemming van Consument effectentransacties te doen. Consument heeft er nog op gewezen dat volgens de financieringsofferte Aangeslotene de effecten selecteert en dat het vervreemden ervan slechts met haar toestemming kan geschieden. Dit doet er echter niet aan af dat voor effectentransacties steeds de medewerking van Consument noodzakelijk was. De omstandigheden dat Consument niet, of gedurende langere tijd niet, in staat was via internetbankieren zelfstandig transacties of opnames te verrichten, en het feit dat transacties eerst na overleg met Aangeslotene en veelal na

daartoe strekkende voorstellen van Aangeslotene werden uitgevoerd, maken dit niet anders, doordat ook zij niet meebrengen dat Aangeslotene eigenmachtig transacties kon verrichten.

4.2 Nu aldus vast is komen te staan dat er sprake was van een adviesrelatie, dient als uitgangspunt te gelden dat de beleggingsbeslissingen uiteindelijk werden genomen door Consument. In beginsel is Consument daarom zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van die beslissingen. Dit kan evenwel anders zijn als komt vast te staan dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals het een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. 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.

De vraag is daarmee of het eind april 2008 gegeven advies, dat inhield dat Consument niet over zou moeten gaan tot wijziging van het beleggingsbeleid, een advies was dat Aangeslotene als redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur niet had mogen geven.

De Commissie merkt op dat Consument niet aannemelijk heeft kunnen maken dat hij Aangeslotene de opdracht heeft verstrekt tot liquidatie van de portefeuille over te gaan en de resultante daarvan op een depositorekening onder te brengen. Zo komt uit de opname van het gesprek van 29 april 2008 naar voren dat er gesproken is over het “omgooien van de effectenportefeuille” en niet van een verkoopopdracht. Niet gebleken is aldus dat Aangeslotene heeft geweigerd een opdracht van Consument tot liquidatie van de portefeuille uit te voeren. Evenmin is gebleken dat Aangeslotene bij Consument de verwachting heeft gewekt dat zij naar aanleiding van het gesprek tot verkoop zou overgaan.

4.3 Bij de beoordeling van het advies zijn de tussen partijen vastgelegde uitgangspunten van bijzonder belang. In dit geval gaat het met name om de beleggingshorizon. Consument heeft gesteld dat deze door zijn voornemen onroerend goed aan te schaffen ingekort was ten opzichte van de oorspronkelijke 20 jaar, en niet langer meer bedroeg dan één jaar. De kans dat de aankoop van het onroerend goed langer op zich zou laten wachten was klein, aldus Consument. Daarom had volgens Consument het advies moeten zijn de gelden op een depot aan te houden. Bovendien paste het verkopen van de effecten en op deposito zetten van de opbrengst binnen het defensieve risicoprofiel. Daartegen heeft Aangeslotene ingebracht dat van een dergelijke korte horizon geen sprake was nu niet duidelijk was wanneer het beslag opgeheven zou worden en ook niet wanneer het onroerend goed zou kunnen worden aangekocht. De portefeuille had bovendien als doel inkomensaanvulling en het bieden van zekerheid voor de bestaande financiering. Voor de aanschaf van het onroerend goed diende Consument een nieuwe financieringsaanvraag in te dienen. Of daarbij gebruik zou worden gemaakt van de verkoop van (een gedeelte) van de effectenportefeuille, had in dat kader nog beoordeeld moeten worden, laat staan dat daartoe reeds besloten was.

De Commissie oordeelt dat Consument, in het licht van de gemotiveerde betwisting van zijn stellingen door Aangeslotene, onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat er voor Aangeslotene voldoende aanleiding bestond uit te gaan van een korte beleggingshorizon. De door partijen aan de Commissie overgelegde informatie biedt evenmin aanknopingspunten voor de zienswijze van Consument. Evenmin is aldus aannemelijk geworden dat er, op grond van een gewijzigde beleggingshorizon, aanleiding bestond de (samenstelling van de) portefeuille van Consument te veranderen. Het advies

van Aangeslotene was in dit licht dan ook niet een advies dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam beleggingsadviseur niet had mogen geven.

4.4 Consument heeft nog betoogd dat Aangeslotene in de periode direct aansluitend op dat advies, meer specifiek in de twee maanden volgend op 29 april 2008, zelfstandig had moeten ingrijpen om waardedaling van zijn portefeuille te voorkomen. Het nalaten daarvan was naar zijn zeggen strijdig met hetgeen partijen telefonisch overeengekomen waren en afwijkend van destijds gewekte verwachtingen.

De Commissie verwerpt dit standpunt van Consument. Voorzover het standpunt van Consument veronderstelt dat tussen partijen was overeengekomen dat de portefeuille zou worden geliquideerd, of althans dat Aangeslotene daaromtrent verwachtingen bij Consument had gewekt, stuit het af op het hiervoor gegeven oordeel dat van een dergelijke overeenkomst of zodanige gewekte verwachtingen geen sprake was. Voorzover het standpunt van Consument erop berust dat ook bij gebreke van een overeenkomst (of opdracht) tot verkoop of van gewekte verwachtingen op Aangeslotene de verplichting rustte bij koersverlies onmiddellijk maatregelen te nemen om (verdere) waardedaling te voorkomen, berust het op een onjuist uitgangspunt. Een dergelijke verplichting geldt – in het algemeen – niet voor de financiële onderneming in een adviesrelatie. Daarin is het immers de belegger zelf die primair verantwoordelijk is voor het maken van beleggingsbeslissingen en voor het bewaken van zijn portefeuille. Bovendien heeft Aangeslotene daarin – uitzonderlijke omstandigheden van zaakwaarneming daargelaten – niet de bevoegdheid eigenmachtig transacties te verrichten. Uit de stukken en het ter zitting besprokene is de Commissie niet gebleken van omstandigheden die in dit geval tot een ander oordeel zouden moeten leiden. Daarbij is nog van belang dat de samenstelling van portefeuille voldeed – en ook tijdens de waardedaling bleef voldoen – aan de criteria van het overeengekomen defensieve profiel. Aangeslotene behoeft Consument daarom niet te adviseren tot verkoop over te gaan. De Commissie concludeert dat Aangeslotene op dit punt heeft gehandeld zoals van haar mocht worden verwacht.

4.5 Ten aanzien van de verkoop van de certificaten acht de Commissie het op grond van de haar ter beschikking gestelde gespreksinformatie wel voldoende aannemelijk dat Consument reeds eind april 2008 een opdracht tot verkoop heeft gegeven. Dat de uiteindelijke verkoop van de certificaten niet op het eerstvolgende verkoopmoment plaatsgevonden heeft, valt Aangeslotene dan ook te verwijten. Zulks blijkt ook uit een door Aangeslotene gedaan aanbod het koersverlies ontstaan door vertraging in een verkoop te vergoeden. Op dit onderdeel acht de Commissie de klacht dan ook gegrond. Nu Aangeslotene de hoogte van de door Consument ten aanzien van de certificaten berekende schade niet heeft betwist, zal de Commissie de gevorderde schadevergoeding dan ook volledig aan Consument toewijzen. Irrelevant daarbij is of Consument de certificaten inmiddels heeft verkocht. De goede en kwade kansen van het koersverloop na de datum per wanneer de schade wordt vastgesteld dienen immers voor rekening van Consument te blijven.

4.6 Consument heeft tot slot geklaagd over overig onzorgvuldig handelen van Aangeslotene, hetwelk zich naar zijn zeggen onder meer heeft geuit in het aan hem toezenden van portefeuilleoverzichten met rekenfouten. De Commissie constateert dat op dit punt inderdaad sprake is geweest van een tekortkoming van Aangeslotene, hetgeen Aangeslotene ook heeft erkend. De Commissie stelt echter vast dat deze op zichzelf gegronde klacht niet kan leiden tot toewijzing van een hoger bedrag als hiervoor is

genoemd. Consument heeft immers niet aannemelijk gemaakt dat de bewuste tekortkoming van Aangeslotene tot (extra) schade heeft geleid. Wel is de gegrondheid van deze klacht een bijkomende grond om Aangeslotene te veroordelen tot het volledig vergoeden van de kosten van de behandeling van de klachten van Consument.

4.7 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument moet worden toegewezen voor zover deze ziet op de vertraging bij de verkoop van de certificaten. Aangeslotene zal dus worden veroordeeld tot vergoeding van een bedrag van € 1.320 aan Consument. Daarover zal Aangeslotene ook rente moeten vergoeden, gelijk aan de wettelijke rente, conform de eis van Consument met ingang van juli 2008. Nu Consument deels in het gelijk wordt gesteld, dient Aangeslotene de door Consument in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50,- te vergoeden. Het meer of anders gevorderde komt niet voor toewijzing in aanmerking.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat Aangeslotene aan Consument dient te vergoeden een bedrag van € 1.320, vermeerderd met rente gelijk aan de wettelijke rente met ingang van juli 2008 tot aan de dag van algehele voldoening en een bedrag van € 50,- ter zake van de 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.