

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-029 d.d. 23 januari 2015 (prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en J.C. Buiter, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)**

## **Samenvatting**

Adviesrelatie met een belegger die onder bewind is gesteld. De consument stelt onder meer dat de bank niet naar behoren de bevoegdheid van de bewindvoerder heeft onderzocht. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat als gevolg daarvan schade is geleden. De vordering wordt afgewezen.

Consument;

tegen

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

## **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 met het ondertekende vragenformulier, ontvangen op 14 mei 2013,
- de brief met bijlagen van Consument van 19 juni 2013,
- het verweerschrift van Aangeslotene,
- de repliek van Consument,
- de dupliek van Aangeslotene,
- de brief van Consument van 4 december 2013 (inclusief de correctie van de laatste alinea daarvan, verzonden op 6 december 2013),
- de ter zitting door Consument overgelegde brief van Aangeslotene van 23 oktober 1996;
- de brief met bijlagen van Aangeslotene van 6 maart 2014,
- de brief met bijlagen van Consument van 27 maart 2014 (inclusief de per e-mail verzonden correctie van p. 3 daarvan),
- de brief met één bijlage van Aangeslotene van 13 mei 2014 en
- de brief van Consument van 19 mei 2014.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies van de Commissie als bindend zullen aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een zitting op 30 januari 2014 en zijn aldaar verschenen.

## **2. Feiten**

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 De vader van Consument is in 1996 overleden. Hij liet diverse tegoeden op bankrekeningen achter. Deze bankrekeningen zijn vervolgens op naam gesteld van zijn echtgenote, mevrouw [X].

2.2 Op één van de genoemde bankrekeningen (hierna: de effectenrekening) zijn vanaf 1997 beleggingen aangehouden.

2.3 Op 10 mei 2001 is mevrouw [X] onder bewind gesteld.

2.4 De bewindvoerder van mevrouw [X] (hierna: de bewindvoerder) en Aangeslotene hebben op 7 mei 2002 een overeenkomst van effectendienstverlening ondertekend. Mevrouw [X] wordt daarin vermeld als contractspartij, maar heeft op de overgelegde kopie niet ondertekend.

2.5 Aangeslotene heeft een ingevulde vragenlijst voor het beleggersprofiel overgelegd. Deze vragenlijst is gedateerd 7 juni 2004 en vermeldt onder meer:

“(…)   Wat is voor u het belangrijkste doel om te beleggen?	Algemene vermogensgroei (zonder specifiek doel)
2 In hoeveel jaar wilt u uw beleggingsdoel realiseren?	3-5 jaar
3. Hoe groot is uw totale vermogen bij ABN AMRO?	Tussen de 200.000 – 1.000.000 Euro
4. Met welk deel van bovengenoemd vermogen wilt u gaan beleggen in effecten?	tussen de 50 en 75%
5. Uw huidige inkomen is:	Voldoende voor uw vaste laste en levensonderhoud. (...)
6. Welke van de volgende uitspraken beschrijven het beste uw inkomensverwachting voor de komende 5 jaar?	Ik verwacht dat mijn inkomensstijging gelijke tred zal houden met de inflatie
7. Hebt u ervaring met beleggen in effecten?	Ja, via een vermogensbeheerder Ja, ik beleg zelf/heb belegd via beleggingsfondsen en/of andere individuele beleggingen (...)
7A Met welke beleggingen hebt u hoeveel jaren ervaring?	Aandelen en reversed exchangeables – > 10 jaar
8. Hoeveel aan- en verkooporders hebt u De afgelopen jaren gemiddeld gedaan? (...)	Geen orders

2.6 Met de effectenrekening zijn tijdens het bewind transacties verricht. In de periode 2004 – 2009 zijn hoofdzakelijk obligaties gekocht, waaronder perpetuele en gestructureerde obligaties.

2.7 Bij brief van 30 juni 2005 heeft Aangeslotene mevrouw [X] erop geattendeerd dat de inrichting van de portefeuille afweek van het gekozen portefeuillemodel en haar aangeraden de beleggingen in aandelen te reduceren met ongeveer € 25.400, de beleggingen in obligaties met ongeveer € 3.100 en de beleggingen in onroerend goed met ongeveer € 21.200. Als reden daarvoor heeft Aangeslotene vermeld dat de spreiding in het gekozen portefeuillemodel het beste paste bij het beleggingsdoel, de beleggingshorizon, het gewenste beleggingsrendement en de risicohouding van mevrouw [X]. Op 30 september 2005 heeft Aangeslotene een vergelijkbare brief gezonden, waarin zij mevrouw [X] aanraade de beleggingen in aandelen te reduceren met ongeveer € 35.400, de beleggingen in obligaties met ongeveer € 2.000 en de beleggingen in onroerend goed met ongeveer € 21.700. Vergelijkbare brieven zijn verzonden op 30 december 2005 en ook in de loop van 2006, 2007 en 2008.

2.8 Op 26 januari 2009 is mevrouw [X] gestorven. Zij was toen bijna 94 jaar oud. Het bewind is daarop beëindigd en alle effecten in de portefeuille zijn verkocht.

2.9 Aangeslotene heeft een e-mail van een medewerker van haar overgelegd (bijlage 18 bij haar brief van 6 maart 2014), waarin staat dat de portefeuille op 1 januari 2004 € 144.650 waard was. Verder heeft Aangeslotene portefeuilleoverzichten van 31 maart 2004 en 31 december 2008 overgelegd, waarin de volgende bedragen zijn vermeld (alle bedragen afgerond):

overzicht 31 maart 2004:

AAB Global Fund	€ 18.674
Kon. KPN	€ 1.537
Lloyds 6.625%	€ 11.925
Numico	€ 5.088
TPG	€ 5.256
4.75% AAB 05	€ 46.404
6.375% Ahold Fin. 05	€ 25.740
6.151% GTN	€ 6.240
Corio	€ 22.367
waarde portefeuille	€ 143.230

overzicht 31 december 2008:

Fortis Global High Income Eq. Fund	€ 13.933
Kon. KPN	€ 2.512
TNT	€ 4.224
AAB Perp. Portef. Note	€ 9.262
6% AAB Range Accrual 35	€ 17.500
6% Bank of Scotland 35	€ 16.800
Robeco Divirente A	€ 10.807
5.25% Royal BK Perp.	€ 5.850
Var. SNS Bank 10	€ 47.790
Yield Magneet III 15	€ 6.910
Corio	€ 21.247
liquiditeiten	€ 15.368
waarde portefeuille	€ 172.203

2.10 Consument heeft een rekeningafschrift van 4 maart 2009 overgelegd, waaruit blijkt dat de stukken op de effectenberekening begin 2009 voor de volgende bedragen zijn verkocht:

Fortis Global High Income Eq. Fund	€ 11.451
Kon. KPN	€ 2.387
TNT	€ 3.396
AAB Perp. Portef. Note	€ 5.974
6% AAB Range Accrual 35	€ 18.522
6% Bank of Scotland 35	€ 10.602
Robeco Divirente A	€ 10.718
5.25% Royal BK Perp.	€ 2.148
Var. SNS Bank 10	€ 46.529

Yield Magneet III 15	€ 7.127
Corio	€ 19.627

2.11 Aangeslotene heeft een portefeuilleoverzicht van 31 maart 2009 overgelegd, waarin staat dat op de effectenrekening 'geen fondsen aanwezig zijn' en dat het saldo van deze rekening per 31 maart 2009 € 143.351 bedraagt.

### 3. Geschil

- 3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van € 85.766, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 4 maart 2009. Dit bedrag is volgens Consument gelijk aan het verlies op de effecten die in de periode 2004 – 2009 zijn gekocht. Aan deze vordering legt hij ten grondslag:
- dat mevrouw [X] geen cliëntenovereenkomst heeft getekend;
  - dat mevrouw [X] nooit een overeenkomst van effectendienstverlening heeft getekend, terwijl dit wettelijk vereist was;
  - dat Aangeslotene de overeenkomst van effectendienstverlening door de bewindvoerder heeft laten ondertekenen zonder mevrouw [X] te waarschuwen, zoals vereist op grond van artikel 4:24 lid 2 Wft;
  - dat Aangeslotene de overeenkomst van effectendienstverlening heeft ondertekend zonder de bevoegdheid van de bewindvoerder te controleren, terwijl alleen de rechthebbende of de rechter aan de bewindvoerder een bevoegdheid kan verlenen tot het beschikken over goederen die onder bewind staan;
  - dat Aangeslotene beleggingsadvies heeft gegeven zonder dat een beleggingsprofiel was vastgelegd;
  - dat Aangeslotene, doordat de portefeuille van mevrouw [X] is gevuld met risicovolle effecten, haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden;
  - dat Aangeslotene onvoldoende actie heeft ondernomen ter beperking van de schade; en
  - dat zijn vordering niet is verjaard.
- 3.2 Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

### 4. Beoordeling

#### *Verjaring*

4.1 Aangeslotene voert aan dat de vordering verjaard is. Dit verweer wordt verworpen. Het betreft immers effecten die in de jaren 2004 – 2008 zijn aangekocht en begin 2009 zijn verkocht, en Consument heeft onweersproken gesteld dat hij pas met het verlies op deze effecten bekend is geworden na de verkoop van begin 2009. Vast staat ook dat Consument binnen vijf jaar daarna een procedure tegen Aangeslotene bij Kifid aanhangig heeft gemaakt waarin vergoeding wordt gevorderd van het verlies op deze effecten. Gelet op deze omstandigheden is niet gebleken dat de hier toepasselijke verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW is verstreken.

#### *Bevoegdheid om in rechte op te treden*

4.2 Aangeslotene voert aan dat een vordering als die van Consument alleen door de gezamenlijke erfgenamen kan worden ingesteld en dat Consument bij gebrek daaraan niet-ontvankelijk is. Dit verweer wordt verworpen.

Consument heeft immers gesteld dat hij door de executeur-testamentair is gemachtigd in rechte schadevergoeding te vorderen. Consument heeft daartoe verwezen naar een brief van de executeur-testamentair waarin deze hem de bevoegdheid verleent tot 'het opvorderen van bescheiden en om rechtsvorderingen in te dienen ter verkrijging van rechterlijke uitspraken betreffende de effectenhandel ten laste van moeder'. Aangeslotene heeft dit vervolgens niet gemotiveerd betwist, zodat het ervoor moet worden gehouden dat Consument bevoegd is namens de boedel te procederen.

*Klachtonderdelen (a) en (b): ontbreken van een overeenkomst*

4.3 Naar de kern genomen stelt Consument dat mevrouw [X], toen de bankrekeningen na het overlijden van haar echtgenoot op haar naam werden gesteld, geen cliëntenovereenkomst met Aangeslotene heeft ondertekend en dat zij ook daarna geen overeenkomst van effectendienstverlening heeft ondertekend. Het gevolg daarvan is, aldus Consument, dat de daarna verrichte effectentransacties niet rechtsgeldig waren.

4.4 De Commissie overweegt als volgt. De bedoelde verplichting tot het vastleggen van de rechtsverhouding met de belegger in een schriftelijke overeenkomst is geen rechtsnorm die, indien overtreden, leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid in de zin van artikel 3:40 lid 2 BW. Zelfs als zou komen vast te staan dat de bedoelde overeenkomst niet door mevrouw [X] is ondertekend, brengt dit nog niet mee dat de op haar rekening verrichte effectentransacties niet rechtsgeldig zouden zijn.

4.5 In dit verband heeft Consument ook gesteld dat de bewindvoerder niet de vereiste Wft-vergunning had en dat op die grond de door hem verrichte effectentransacties niet rechtsgeldig waren. In deze stelling kan Consument niet worden gevolgd. Zoals ook blijkt uit het door Consument zelf overgelegde bericht van de AFM, zag de bedoelde vergunningplicht – waarvan destijds vrijstelling voor bewindvoerders werd bepleit – op het *openen* van een rekening. In deze zaak is echter niet gebleken dat de bewindvoerder een rekening heeft geopend; afgaande op de overgelegde stukken bestond de effectenrekening al toen mevrouw [X] onder bewind werd gesteld.

*Klachtonderdeel (c): verzuim te waarschuwen*

4.6 Consument stelt dat Aangeslotene, zonder de rechthebbende te waarschuwen, de bewindvoerder een overeenkomst tot effectendienstverlening heeft laten ondertekenen. Volgens Consument heeft Aangeslotene daarmee in strijd met artikel 4:24 lid 2 Wft gehandeld.

4.7 Een verplichting tot waarschuwen op grond van artikel 4:24 lid 2 Wft is in dit geval niet aan de orde. Deze bepaling heeft immers geen betrekking op de bevoegdheid van de ondertekenende persoon, maar op de vraag of een product voor de belegger, gelet op zijn kennis en ervaring, passend is.

4.8 In dit verband verwijst Consument naar artikel 14 van de Voorwaarden Cliëntrelatie, waarin is bepaald dat de bank dient te voorkomen dat zij afgaat op een opdracht die buiten de wil van de cliënt wordt overgebracht. Deze bepaling ziet echter niet op het geval dat een wettelijk vertegenwoordiger, zoals een bewindvoerder, namens een rekeninghouder optreedt.

*Klachtonderdeel (d): controleren bevoegdheid bewindvoerder*

4.9 Volgens Consument is Aangeslotene tekortgeschoten doordat zij, alvorens de overeenkomst te ondertekenen, heeft nagelaten de bevoegdheid van de bewindvoerder te controleren. Consument verwijst naar artikel 1:441 BW, waarin is bepaald dat voor bepaalde rechtshandelingen van de bewindvoerder toestemming van de rechthebbende of machtiging van de kantonrechter vereist is. Daartoe behoort onder meer het aangaan van een overeenkomst tot beschikking over een onder het bewind staand goed.

4.10 De Commissie overweegt als volgt. Voor dit geschilpunt is van belang of de overeenkomst strekte tot het beschikken over goederen in de zin van artikel 1:441 lid 1 BW (in welk geval toestemming van mevrouw [X] vereist was) of 'gewone beheersdaden' in de zin van deze bepaling (in welk geval haar toestemming niet vereist was). Voor de uitleg van het begrip gewone beheersdaden moet aansluiting worden gezocht bij de 'Aanbevelingen meerderjarigenbewind', waarin deze term wordt omschreven als 'het conserveren, normaal exploiteren en doelmatig beleggen' en waaronder ook valt het 'wisselen van aandelen en obligaties binnen de grenzen van een door de kantonrechter goedgekeurd en hooguit gematigd defensief beleggingsplan'.

4.11 Aangeslotene voert aan dat toestemming van mevrouw [X] niet vereist was, omdat de handelingen van de bewindvoerder konden gelden als 'gewone beheersdaden' in de zin van artikel 1:441 lid 2 BW. Bovendien heeft, aldus Aangeslotene, mevrouw [X] toestemming gegeven voor de handelingen van de bewindvoerder en is er sprake van de schijn van volmachtverlening.

4.12 Dit verweer wordt verworpen. In de eerste plaats heeft Aangeslotene onvoldoende onderbouwd dat er sprake is van gewone beheersdaden in de zin van artikel 1:441 lid 2 BW. Dat zou immers veronderstellen dat de portefeuille – bijvoorbeeld in het kader van een beleggingsplan – min of meer ongewijzigd is voortgezet, terwijl vanaf 2004 het merendeel van de effecten in de portefeuille is vervangen en Aangeslotene niet heeft gesteld dat alleen effecten zijn gekocht die naar hun kenmerken en risico's vergelijkbaar waren met de effecten die ze vervingen. Verder geven de stukken onvoldoende steun voor de stelling dat mevrouw [X] toestemming heeft verleend en schijn van volmachtverlening heeft bestaan; Aangeslotene onderbouwt deze stelling weliswaar aan de hand van stukken, maar dit zijn geen van alle stukken waarop zij zelf in de relevante periode (2004 – 2009) is afgegaan.

4.13 Ook wordt het verweer verworpen dat Aangeslotene te goeder trouw op de bevoegdheid van de bewindvoerder heeft mogen afgaan. Uit het feit dat de bewindvoerder een professionele, door de kantonrechter benoemde partij was, heeft Aangeslotene niet mogen afleiden dat hij bevoegd was tot het beschikken over de effectenportefeuille. In artikel 1:441 BW zijn immers beperkingen gesteld aan bevoegdheden van een bewindvoerder waarmee Aangeslotene als professionele partij bekend moet zijn. Ook heeft Aangeslotene niet inzichtelijk gemaakt dat zij op enigerlei wijze heeft nagevraagd, toen haar bekend was geworden dat mevrouw [X] onder bewind was gesteld, welke persoon of personen voortaan bevoegd zouden zijn tot het opgeven van opdrachten. Dit laatste had echter wel op haar weg gelegen, reeds omdat – zoals tussen partijen vaststaat – tot dan toe voor een aantal rekeningen van Aangeslotene een volmacht was verleend aan een zus van Consument.

4.14 Aan de orde is vervolgens de vraag of er causaal verband bestaat tussen de gestelde schade en het hiervoor geconstateerde tekortschieten van Aangeslotene. Naar de kern genomen stelt Consument dat hij een koersverlies van ongeveer € 86.000 heeft geleden op de tijdens het bewind verrichte effectentransacties en dat dit verlies achterwege zou zijn gebleven als Aangeslotene deze effectentransacties niet had uitgevoerd en de bewindvoerder zich in plaats daarvan had beperkt tot gewone beheersdaden, zoals het wisselen van aandelen en obligaties binnen de grenzen van een door de kantonrechter goedgekeurd beleggingsplan.

4.15 In deze stelling kan Consument echter niet worden gevolgd. In de eerste plaats moet het schadebedrag worden berekend over de portefeuille als geheel en niet alleen over de tijdens het bewind verrichte transacties. Uit de vaststaande feiten volgt echter niet dat op de portefeuille als geheel een wezenlijk koersverlies is geleden. De waarde van de portefeuille bedroeg immers op 1 januari 2004 € 144.650 en op 31 maart 2009, na de verkoop van alle stukken, € 143.351. In de tweede plaats is niet aannemelijk geworden dat de portefeuille wezenlijk defensiever zou zijn



ingericht als Aangeslotene alleen effectentransacties had uitgevoerd die pasten in een vooraf door de kantonrechter goedgekeurd beleggingsplan. Aangeslotene heeft immers onweersproken gesteld dat de bewindvoerder rekening en verantwoording heeft afgelegd aan de kantonrechter, ook ten aanzien van de beleggingen, en dat deze rekening en verantwoording elk jaar door de kantonrechter is goedgekeurd.

*Klachtonderdelen (e) en (f): geen profiel vastgelegd en portefeuille te risicovol ingericht*

4.16 Consument stelt dat Aangeslotene beleggingsadvies heeft gegeven zonder eerst een beleggersprofiel vast te leggen (klachtonderdeel e) en dat de portefeuille, als gevolg van de aankoop van te risicovolle obligaties zoals perpetuums en steepeners, te risicovol is ingericht en dat Aangeslotene daarmee in strijd met het ken-uw-klant-beginsel heeft gehandeld (klachtonderdeel f). De Commissie begrijpt deze stellingen in die zin dat, voor zover er enigerlei rechtsverhouding tussen mevrouw [X] en Aangeslotene heeft bestaan, deze de kenmerken van een adviesrelatie had en dat Aangeslotene in strijd met het in een adviesrelatie geldende ken-uw-klant-beginsel heeft gehandeld.

4.17 De Commissie stelt voorop dat het ken-uw-klant-beginsel destijds was neergelegd in artikel 28 lid 1 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999, op grond waarvan Aangeslotene bij het aangaan van de overeenkomst van effectendienstverlening inlichtingen diende in te winnen over de financiële positie van mevrouw [X], haar ervaring met beleggingen en haar beleggingsdoelstellingen.

4.18 Dat Aangeslotene op dit punt is tekortgeschoten en dat daardoor schade is geleden, is echter niet gebleken. Aangeslotene heeft immers een ingevulde vragenlijst voor het vaststellen van een beleggersprofiel overgelegd (zie overweging 2.5 hiervoor) en voorts een groot aantal portefeuilleoverzichten uit de jaren 2005-2008 waarop staat dat dat het portefeuillemodel en de 'risicohouding' van mevrouw [X] 'defensief' is. Op grond van klachtonderdeel (e) kan daarom geen schadevergoeding worden toegewezen.

4.19 Ten aanzien van klachtonderdeel (f) (portefeuille te risicovol ingericht) stelt de Commissie voorop dat het een adviesrelatie betreft. Het gaat hier dus om de vraag of, voor zover de portefeuille te risicovol was ingericht, dit een gevolg is van door Aangeslotene gegeven adviezen. Dat is onvoldoende aannemelijk geworden. Uit de overgelegde stukken blijkt immers onvoldoende specifiek wat de inhoud van de adviezen van Aangeslotene is geweest. Daar komt bij dat Aangeslotene bij herhaling erop heeft gewezen dat de portefeuille-inrichting moest worden aangepast om de spreiding van de portefeuille weer in lijn te brengen met het gekozen portefeuillemodel (zie overweging 2.7). Dat Aangeslotene in dit opzicht is tekortgeschoten, is dus niet komen vast te staan.

*Klachtonderdeel (g): geen schadebeperking*

4.20 Consument stelt dat Aangeslotene heeft verzuimd tijdig de schade te beperken. Ter onderbouwing stelt hij dat Aangeslotene weliswaar in 2008 heeft gewezen op de risico's van de perpetuums en steepeners in de portefeuille, maar dat zij al veel eerder – in 2005, toen de koersdaling begon – deze posities had moeten sluiten. Met deze stelling wordt echter miskend dat in een adviesrelatie geen verplichting bestaat tot het uit eigen beweging adviseren van de cliënt. Dat op Aangeslotene een verplichting rustte tot het sluiten van de genoemde posities, is dus niet gebleken.

4.21 Verder wijst Consument erop dat nog in september 2008 de aankoop van AA Fortis Global High Income en door SNS uitgegeven stukken is geadviseerd, terwijl toen al duidelijk was dat de staat deze banken zou moeten gaan redden. Ten aanzien van dit laatste geldt, zoals de Commissie in een eerdere uitspraak heeft overwogen (zie de uitspraak van 24 juni 2014 met

nummer 2014-248), dat de duur en omvang van de kredietcrisis destijds ook voor professionele instellingen niet voorzienbaar was. Gelet daarop is niet komen vast te staan dat dit advies van Aangeslotene ondeugdelijk was.

*Slotsom*

4.22 Gezien het voorgaande leidt geen van de klachtonderdelen tot het toewijzen van schadevergoeding. De vordering zal daarom worden afgewezen.

## **5. Beslissing**

De Commissie wijst 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor [www.kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht-1/4#stappen-plan](http://www.kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht-1/4#stappen-plan).