

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-264 d.d.

16 juni 2016

**(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac en J.C. Buiter, leden en
mw. mr. M. Nijland, secretaris)**

Samenvatting

Een beleggingsadviesrelatie waarin Consument veelvuldig initiatief nam tot het doen van transacties en aandrang op een actiever beleggingsbeleid. Gelet hierop is dan ook niet komen vast te staan dat de Bank zich schuldig heeft gemaakt aan churning. Daarbij komt dat Consument significante bedragen aan de grote beleggingsportefeuille onttrok, terwijl hij hadden moeten begrijpen dat zulke onttrekkingen zich niet met het doel van vermogensgroei lieten verenigen. De Bank heeft Consument aantoonbaar gewaarschuwd voor de risico's en consequenties die hiermee gepaard gingen. Anderzijds had in dit geval van de Bank, als professionele op het gebied van de financiële dienstverlening bij uitstek deskundig te achten dienstverlener, mogen worden verwacht dat zij Consumenten schriftelijk indringender zou waarschuwen voor de consequenties van de handelingen van Consument en hem in zekere zin had moeten behoeden tegen "loss aversion". De vordering wordt deels toegewezen.

Consument 1,
Consument 2,
Gezamenlijk te noemen Consumenten,

en

Rabobank Haarlem e.o. U.A., gevestigd te Utrecht, hierna te noemen de Bank.

1. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening; en
- de brief van Consumenten van 20 november 2015;
- de ter zitting overgelegde pleitnota van Consumenten; en
- de ter zitting overgelegde pleitnota van de Bank.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat beide partijen het advies van de Commissie als bindend aanvaardden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 14 april 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

- 2.1. Medio 2003 hebben Consumenten een bedrag van € 1.000.000,- ter beschikking gekregen uit de verkoop van hun woning. Consument 1 was toen 54 jaar oud.

- 2.2. Consumenten hebben de Bank toen verzocht hen te adviseren hoe zij dit bedrag konden besteden.
- 2.3. In dat kader heeft op 4 juli 2003 een persoonlijk gesprek tussen Consumenten en een financieel adviseur van de Bank plaatsgevonden.
- 2.4. Naar aanleiding van dit gesprek heeft de adviseur bij brief van 10 juli 2003 een beleggingsvoorstel aan Consumenten uitgebracht. In dit beleggingsvoorstel is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:
- “(…) - Het voorstel heeft betrekking op een vermogen van € 1.000.000,=.
- U houdt op dit moment het vermogen op uw Internet Sparen aan;
 - U heeft geen pensioen opgebouwd. Uw beleggingsdoelstellingen zijn pensioenopbouw/inkomen;
 - U heeft een beleggingshorizon van minimaal 5 jaar;
 - Op dit moment betaalt u ca. € 2.000,= huur per maand. U bent in de toekomst mogelijk van plan om een woning aan te kopen;
 - U wenst jaarlijks bruto inkomsten van circa € 45.000,- (rente en dividend);
 - U heeft weinig ervaring met beleggen in effecten;
 - Wij gaan er vanuit dat door u een rendement van gemiddeld 5,5% per jaar wordt verlangd;
- Rekeninghoudend met de door u benoemde uitgangspunten is uw doelrisicoprofiel te bepalen als zeer defensief. (…)”
- In het beleggingsvoorstel wordt een asset-mix geadviseerd van
- Obligaties: € 600.000,-
 - Aandelen: € 100.000,-
 - Liquiditeiten: €300.000,-.
- 2.5. Per faxbericht van 4 augustus 2003 heeft de adviseur van de Bank een aanzet tot het concreet invullen van het beleggingsvoorstel gedaan. Consumenten zijn hiermee akkoord gegaan. Consument I wilde daarnaast een tweede kleinere beleggingsportefeuille met een speculatief beleggingsprofiel hebben. De Bank heeft daarom een tweede beleggingsrekening geopend.
- 2.6. Partijen zijn toen een beleggingsadviesrelatie aangegaan. En vanaf augustus 2003 is begonnen met het opbouwen van de beleggingsportefeuilles (hierna te noemen: de kleine, ofwel de grote beleggingsportefeuille).
- 2.7. Op 30 januari 2005 heeft een gesprek tussen Consument I en de adviseur van de Bank plaatsgevonden. Consument I heeft toen aangegeven wat betreft de grote beleggingsportefeuille niet tevreden te zijn met het behaalde rendement van 3,5%. In overleg met de Bank is het doelrisicoprofiel van deze portefeuille toen gewijzigd naar defensief.
- 2.8. Medio 2005 waren Consumenten voornemens een appartement in Spanje te kopen. In het kader van de financiering van dit appartement heeft op 12 mei 2005 een gesprek tussen Consumenten en de Bank plaatsgevonden.

Aangezien het box I inkomen van Consumenten op dat moment niet in verhouding stond tot de gevraagde financiering heeft de Bank ervoor gekozen om de financiering te verstrekken op basis van verpanding van de spaar- en beleggingsgelden.

- 2.9. Vervolgens heeft de Bank op 23 juni 2005 een offerte voor een financiering van € 450.000,- uitgebracht. De lening was opgebouwd uit een aflossingsvrije lening van € 145.000,-, waarvoor de spaarrekening zou worden verpand en een aflossingsvrije lening van € 305.000,- die was verpand aan de effecten- en beleggersrekening.
- 2.10. Op 29 juni 2005 hebben Consumenten de offerte ondertekend.
- 2.11. Op 19 augustus 2005 hebben Consumenten de koopovereenkomst voor een aankoop van een appartement in Bloemendaal getekend. De koopprijs bedroeg € 270.000,-.
- 2.12. Op 12 september 2005 heeft een gesprek tussen Consumenten en de adviseur van de Bank plaatsgevonden over de financiering van dit appartement. Consumenten hebben toen een financieringsverzoek van € 800.000,- aan de Bank voorgelegd.
- 2.13. Bij brief van 22 september 2005 heeft de Bank medegedeeld dat zij dit financieringsverzoek niet kon honoreren. Om de aankoop toch te kunnen realiseren heeft zij aangeboden om het appartement in Bloemendaal te financieren onder de voorwaarde dat de bestaande leningen werden afgelost vanuit het bestaande vermogen.
- 2.14. Op 29 september 2005 heeft de Bank een offerte voor een aflossingsvrije hypotheek van € 350.000,- uitgebracht, onder de voorwaarde dat op de bestaande lening van € 305.000,- (voor het appartement in Spanje) een bedrag van € 235.000,- zou worden afgelost.
- 2.15. Op 3 oktober 2005 hebben Consumenten de offerte ondertekend en op 17 oktober 2005 is de hypotheek gevestigd.
- 2.16. Op 6 december 2005 is naar aanleiding van een bespreking tussen Consument I en de adviseur van de Bank het doelrisicoprofiel van de grote beleggingsportefeuille naar neutraal gewijzigd.
- 2.17. In de loop van 2006 hebben Consumenten in elk geval een bedrag van circa € 70.000,- aan de grote beleggingsportefeuille onttrokken.
- 2.18. Op 12 april 2007 hebben twee adviseurs van de Bank met Consument I gesproken over de negatieve gevolgen van de onttrekkingen.
- 2.19. Op 4 oktober 2007 heeft Consument I telefonisch contact met de adviseur van de Bank gezocht omdat hij aandelen Philips voor € 18.000,- wilde verkopen en omzetten in Robeco Emerging Stars. Uit het gespreksverslag blijkt dat de adviseur heeft aangeraden dit niet te doen, maar dat Consument I het alsnog heeft gedaan.

- 2.20. In 2007 hebben Consumenten in elk geval een bedrag van € 74.000,- onttrokken aan de grote beleggingsportefeuille.
- 2.21. Uit het gespreksverslag van de Bank van 24 januari 2008 blijkt dat het rendement op de beleggingen onvoldoende is en dat Consumenten maandelijks een bedrag van € 1.000,- tot € 2.000,- voor hun levensonderhoud tekortkomen. Consumenten proberen een extra financiering in Spanje te verkrijgen.
- 2.22. Uit de gespreksverslagen van 9 april 2008 en 15 mei 2008 blijkt verder dat Consument I een extra financiering van € 250.000,- bij een buitenlandse bank probeerde te verkrijgen.
- 2.23. Uit het portefeuilleoverzicht van 7 november 2008 blijkt dat de grote beleggingsportefeuille op dat moment, inclusief het saldo van de rekening-courant, een waarde van € 203.282,- vertegenwoordigde.
- 2.24. In februari 2009 heeft de Bank Consumenten geadviseerd geen extra posities in te nemen. Consument I heeft via internet toch een aantal optieorders ingenomen.
- 2.25. Uit het portefeuilleoverzicht van 30 juni 2009 blijkt dat de grote beleggingsportefeuille, inclusief het saldo van de rekening-courant, op dat moment een waarde van € 237.773,- vertegenwoordigde.
- 2.26. Uit het portefeuilleoverzicht van 10 november 2009 blijkt dat de grote beleggingsportefeuille, inclusief het saldo van de rekening-courant, op dat moment een waarde van € 205.632,- vertegenwoordigde.
- 2.27. Uit het gespreksverslag van de Bank van november 2010 blijkt dat Consument I op dat moment heeft overwogen om een bedrag van € 100.000,- bij een buitenlandse bank te lenen om te investeren in perpetuele leningen en dat de Bank dit afgeraden heeft.
- 2.28. Uit het portefeuilleoverzicht van 15 november 2010 blijkt dat de – inmiddels samengevoegde- beleggingsportefeuille(s), inclusief het saldo van de rekening-courant, op dat moment een waarde van € 198.118,- vertegenwoordigde.
- 2.29. Per 1 december 2010 heeft de Bank de adviesrelatie opgezegd omdat het te beleggen bedrag te klein worden was.
- 2.30. Op 1 augustus 2013 hebben Consumenten een klacht bij de Bank ingediend.

3. De vordering en grondslagen

- 3.1. Primair vorderen Consumenten dat de Bank wordt veroordeeld tot het vergoeden van een bedrag van € 1.089.325,81,-. Dit bedrag is opgebouwd uit het beginvermogen in 2003 van € 704.812,- * 5,5% per jaar = € 1.025.738,81 plus de nodeloos gemaakte rente-, provisie-, - en aan- en verkoopkosten van € 95.180.

Te verminderen met het vermogen aan het einde van de adviesrelatie, te weten € 31.593,- op 31 december 2010. Een en ander exclusief vertragsrente en proceskosten.

Bij brief van 20 november 2015 hebben Consumenten in verband met hetgeen is bepaald in artikel 27 van het Reglement hun vordering verlaagd tot een bedrag van € 1.000.000,- exclusief vertragsrente en proceskosten.

- 3.2. Subsidiair vorderen Consumenten dat de Bank wordt veroordeeld tot het vergoeden van een bedrag van € 799.992,- (het vermogen in 2003 plus nodeloos gemaakte kosten), te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag der inleg tot aan de dag der algehele voldoening.
- 3.3. Meer subsidiair vorderen Consumenten dat de Bank wordt veroordeeld tot het vergoeden van een bedrag van € 799.992,-, althans een zodanig bedrag als de Commissie onder de gegeven omstandigheden redelijk acht.
- 3.4. Aan deze vordering leggen Consumenten ten grondslag dat de Bank toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomsten, althans onrechtmatig heeft gehandeld jegens Consumenten door schending van de zorgplicht, in het bijzonder doordat zij, kort gezegd;
 - (i) is afgeweken van de overeengekomen asset-allocatie en Consumenten nooit heeft gewaarschuwd voor die afwijking;
 - (ii) veel te risicovolle beleggingen heeft geadviseerd in relatie tot hun zeer defensieve risicoprofiel en pensioendoelstelling, en Consumenten niet heeft gewaarschuwd voor de aan de beleggingen verbonden specifieke risico's;
 - (iii) financieringen en adviezen heeft verstrekt tijdens perioden van dekkingstekorten, welke tot schade hebben geleid;
 - (iv) zich ten koste van hen schuldig heeft gemaakt aan churning ex artikel 84 Bgfo. De Bank heeft Consumenten aangezet tot het verrichten van veel transacties, louter om provisie te genereren. Zo hebben er in 2006 alleen al 139 mutaties plaatsgevonden. Vaak werden Consumenten niet ingelicht over de hoogte van de provisies.
- 3.5. De Bank heeft de stellingen van Consumenten weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1. Verjaring 3:310 BW

Op grond van artikel 3:310 lid I BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden. De Bank heeft als meest verstrekkend verweer gesteld dat de vordering van Consumenten in dit geval (deels) is verjaard. Zij heeft hiertoe aangevoerd dat tussen de datum van verkoop van de geadviseerde stukken – en daarmee de datum waarop Consumenten bekend hadden behoren te zijn met zowel de schade als de daarvoor aan te spreken persoon – meer dan

vijf jaar is verstreken, voordat Consumenten een klacht bij de Bank hebben ingediend. De Commissie volgt dit verweer van de Bank en overweegt voorts dat niet gesteld of gebleken is dat deze verjaringstermijn door Consumenten is gestuit, voordat zij de Bank op 1 augustus 2013 aansprakelijk hebben gesteld voor de door hun geleden schade. Dat brengt mee dat op het moment dat zij hun klacht aan de Bank hebben voorgelegd, meer dan vijf jaren waren verstreken vanaf het moment waarop zij zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend hadden behoren te zijn. De vordering van Consumenten is dus verjaard als het gaat om de voor 1 augustus 2008 gevorderde schade. Er zijn de Commissie voorts geen omstandigheden gesteld of gebleken die zouden meebrengen dat het beroep van de Bank op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De Commissie zal zich daarom alleen uitspreken over de door Consumenten vanaf 1 augustus 2008 gevorderde schade.

4.2. *Klachtplicht 6:89 BW*

De Bank heeft ook gesteld dat Consumenten hun recht tot instellen van de vordering hebben verwerkt door die vordering niet binnen bekwame tijd in te stellen als bedoeld in artikel 6:89 BW. Die stelling kan slechts slagen indien aannemelijk is dat de Bank door het tijdsverloop een onevenredig nadeel heeft ondervonden (vergelijk HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497). Van zodanig door de Bank ondervonden nadeel is onvoldoende gebleken. Daarom gaat de Commissie over tot verdere inhoudelijke beoordeling van de klacht.

4.3. *Verdere inhoudelijke beoordeling*

Indachtig het onder 4.1. overwogene zal de Commissie zich enkel uitspreken over de door Consumenten vanaf 1 augustus 2008 gevorderde schade. Zij overweegt als volgt. Hoewel het tijdsverloop er debet aan is dat het portefeuillevverloop niet geheel gereconstrueerd kan worden, staat in elk geval vast dat tussen partijen tot 1 december 2010 een adviesrelatie heeft bestaan. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger zelf beslist over het al dan niet uitvoeren van transacties na een verkregen advies van de beleggingsadviseur. Omdat de belegger in een adviesrelatie uiteindelijk zelf de beslissingen neemt, is hij in beginsel zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van die beslissingen. Dit was in casus ook het geval, waarbij uit de stukken blijkt dat Consument 1 veelvuldig initiatief nam tot het doen van transacties en aandrang op een actiever beleggingsbeleid. Gelet hierop is dan ook niet komen vast te staan dat de Bank zich schuldig heeft gemaakt aan churning. Daarbij komt dat Consumenten significante bedragen aan de grote beleggingsportefeuille onttrokken, terwijl zij hadden moeten begrijpen dat zulke onttrekkingen zich niet met het doel van vermogensgroei lieten verenigen. De Bank heeft Consumenten aantoonbaar gewaarschuwd voor de risico's en consequenties die hiermee gepaard gingen. De Commissie is dan ook van oordeel dat het merendeel van de door Consumenten gevorderde schade voor hun eigen rekening dient te blijven. Anderzijds had in dit geval van de Bank, als professionele op het gebied van de financiële dienstverlening bij uitstek deskundig te achten dienstverlener, mogen worden verwacht dat zij Consumenten schriftelijk indringender zou waarschuwen voor de consequenties van de handelingen van Consument 1 en hem in zekere zin had moeten behoeden tegen "loss aversion". Te meer toen bleek dat hij meerdere malen voornemens was bij buitenlandse banken geld te lenen om dit te gaan beleggen.

Gelet op het voorgaande stelt de Commissie vast dat de Bank toerekenbaar jegens Consumenten is tekortgeschoten in haar zorgplicht door hen niet schriftelijk en indringend te waarschuwen. Daarom zij stelt zij het schadebedrag naar redelijkheid vast op een bedrag van € 30.000,-, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 augustus 2013.

4.4. Kosten

Op grond van artikel 40.9 van het Reglement hebben Consumenten recht op een Proceskostenvergoeding, met een maximum van € 5.000,-, nu zij dit hebben gevorderd. De Commissie begroot die kosten op drie punten volgens het Liquidatietarief Rechtbanken en Gerechtshoven (€ 2.580,- x 3). Het door de Bank te vergoeden bedrag aan proceskosten wordt derhalve € 5.000,-.

4.5. Nu de vordering deels wordt toegewezen komt het klachtgeld tevens voor vergoeding in aanmerking. Het meer of anders gevorderde wordt niet toegewezen.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de Bank binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan de Consumenten vergoedt:

- een bedrag van € 30.000,-, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 augustus 2013;
- een bedrag van € 5.000,- aan proceskosten;
- en een bedrag van € 50,- ter behandeling van dit geschil.

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