KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-228 d.d. 6 augustus 2012
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. P.E. Roodenburg, secretaris)

Samenvatting

(1) Door Consument is onvoldoende aangetoond dat Aangeslotene Consument niet had mogen adviseren, nog los van de vraag of hiervan überhaupt sprake is geweest, om te gaan beleggen, nu (de persoon van) Consument daartoe niet geschikt zou zijn, aangezien de feiten te zeer in het verleden liggen.
(2) Er is sprake van een adviesrelatie hetgeen meebrengt dat de beleggende consument in beginsel zelf verantwoordelijk is voor de aan- en verkopen binnen de portefeuille. Tegenover de informatieplicht van Aangeslotene staat de eigen onderzoeksplicht van Consument. Aangeslotene heeft voldaan aan de op haar rustende informatieplicht.

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, ontvangen 14 januari 2011;
- het antwoord namens Aangeslotene met bijlagen van 21 december 2011;
- de repliek van Consument met bijlagen van 26 januari 2012;
- de dupliek van Aangeslotene van 24 februari 2012.

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 30 maart 2012. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument is op enig moment in de jaren '90 bij Aangeslotene begonnen met beleggen. Consument heeft uit dien hoofde bij Aangeslotene een effectenrekening aangehouden met nummer 0.

2.2 Blijkens het van Aangeslotene ontvangen overzicht in 1997 bedroeg de waarde van de beleggingsportefeuille van Consument op 31 januari 1997 € 150.007,93. De waarde van het aandelenpakket bedroeg op dat moment € 15.760,20, de waarde van de beleggingen in de X fondsen € 100.030 en de beleggingen in Y € 34.217,73.

2.3 Consument heeft (in ieder geval) van Aangeslotene overzichten van zijn beleggingsportefeuille ("Overzicht beleggersportefeuille") ontvangen d.d. 30 mei 1997, 29 mei 1998, 30 september 1998, 5 februari 1999, 31 mei 1999, 1 juli 1999,

31 augustus 1999, 30 september 1999, 31 januari 2000, 29 februari 2000, 31 mei 2000, 30 juni 2000, 4 december 2000, 2 februari 2001 en 16 juli 2001.
In alle ontvangen overzichten zijn de door Consument bij Aangeslotene aangehouden beleggingen (alsmede de verrichte aan- en verkopen) per categorie (aandelen, fondsen X groep, obligaties, overige) gerubriceerd en gespecificeerd.

2.4 Consument heeft d.d. 22 juni 2001 een formulier Aangeslotene Effectenrekening, aangaande effectenrekeningnummer 0, voor akkoord getekend. De "Algemene Bankvoorwaarden" en de "Algemene Voorwaarden voor de Effectendienstverlening" zijn hierbij van toepassing verklaard.

2.5.1 Op het van Aangeslotene ontvangen portefeuilleoverzicht 31 mei 2001 is (voor het eerst) het volgende vermeld: *"Het door u aangegeven doelrisicoprofiel bij deze portefeuille is Offensief"*. Deze melding is nadien ook vermeld op het ontvangen portefeuilleoverzicht van 31 januari 2002.

2.5.2 Op het van Aangeslotene ontvangen portefeuilleoverzicht 28 februari 2002 is het volgende vermeld: *"Het vastgestelde doelrisicoprofiel is Offensief"*. Deze melding is nadien ook vermeld op de ontvangen portefeuilleoverzichten van 28 februari 2002, 31 mei 2002, 2 juli 2002, 31 januari 2003, 30 mei 2003, 30 juni 2003, 30 januari 2004, 30 april 2004, 31 mei 2004, 30 juni 2004, 31 mei 2005. Op het van Aangeslotene portefeuilleoverzicht van 4 juli 2005 is eveneens vermeld dat sprake is van een offensief doelrisicoprofiel.

2.5.3 Voorts heeft Consument van Aangeslotene jaaroverzichten betreffende de beleggingsportefeuille ontvangen, in ieder geval aangaande de jaren 1999, 2000, 2001, 2002 en 2005.

2.6.1 Op 4 juli 2005 heeft tussen Consument en de heer A. van Aangeslotene een adviesgesprek plaatsgevonden.
In het naar aanleiding hiervan opgestelde gespreksverslag (d.d. 5 augustus 2005) is onder meer het volgende opgenomen:
"Aktielijst
- Openen Fondseffect
- Bestaande effectenrekening omzetten naar Z Beleggen
- (…)"

2.6.2 De tijdens het gesprek gemaakte afspraken heeft Aangeslotene Consument bij brief van 8 augustus 2005 bevestigd. Hieruit blijkt onder meer dat Consument voor een gedeelte van de beleggingen (het obligatiegedeelte) op de effectenrekening 0 heeft gekozen voor de dienstverleningsvorm "Aangeslotene Z Beleggen" welke vorm kenmerkt als execution only; tot die tijd was er sprake van een adviesrelatie.
Bij Aangeslotene Z Beleggen dient Consument zelf de orders tot aan- of verkoop door te geven door middel van gebruikmaking van internet of de telefoon. Voorts staat in de hiervoor bedoelde brief vermeld: *"Heeft u vragen over het gebruik van Aangeslotene Z Beleggen dan kunt u deze stellen aan de medewerkers van het Aangeslotene Service Centrum Beleggen"*. Op deze effectenrekening zijn in het vervolg (louter) de obligaties van Consument geadministreerd.

Blijkens het op 4 augustus 2005 gedateerde Beleggings Inventarisatie Formulier (BIF) was op deze portefeuille een zeer offensief doelrisicoprofiel van toepassing.

2.6.3 Het resterende gedeelte van de beleggingsportefeuille (het aandelengedeelte) van Consument is 'overgeheveld' naar effectenrekening 1; deze rekening is geopend op 4 augustus 2005. Aangaande deze portefeuille is de dienstverleningsvorm "B" van toepassing (verklaard). Bij deze vorm van dienstverlening werd Consument geadviseerd door onderzoeksbureau C, zonder tussenkomst van (de adviseur van) Aangeslotene. Consument heeft hiertoe de "Overeenkomst B" op 5 augustus 2005 getekend.
Blijkens het op 4 augustus 2005 gedateerde Beleggings Inventarisatie Formulier (BIF) was op deze portefeuille een offensief doelrisicoprofiel van toepassing.

2.7 In het eerste kwartaal van 2010 heeft Aangeslotene Consument bericht dat zij de dienstverleningsvorm B (per 1 mei 2010) zou gaan 'uitfaseren'. Hierop heeft een gesprek plaatsgevonden tussen Aangeslotene en Consument en heeft de zoon van Consument zich in de financiële situatie van zijn ouders verdiept. Op 29 maart 2010 heeft de zoon van Consument een klachtprocedure tegen Aangeslotene geëntameerd. Op 23 april 2010 heeft een nieuw gesprek plaatsgevonden en is een nieuw Inventarisatieformulier opgesteld.

3 Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag ad € 116.882.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

- Consument had door Aangeslotene in 1990 nooit mogen worden geadviseerd om te gaan beleggen, daar beleggen niet aansluit op de persoonlijkheid c.q. belevingswereld van Consument. Consument is in 1990 geadviseerd door de heer A. van Aangeslotene, die hij via de plaatselijke voetbalclub had leren kennen. Er is in november 1990 bij Aangeslotene een bedrag van € 18.053,65 (*ƒ* 39.785) geïnvesteerd in effecten. In het kader daarvan is een effectenrekening geopend met nummer 0.
- Aangeslotene is bij herhaling (reeds ten tijde van de advisering in 1990, maar ook in een later stadium bij de vaststelling van de doelrisicoprofielen) tekort geschoten in de op haar rustende zorgplicht. Er zijn namelijk in 2005, maar ook al in een eerder stadium, te offensieve beleggingsprofielen opgesteld. Deze waren niet passend bij de risico-averse houding van Consument.
- Indien de ingelegde bedragen zouden zijn gespaard en niet voor beleggingsdoeleinden zouden zijn aangewend, zou de Consument een veel hoger rendement hebben behaald.

3.3 Ter zitting is namens Consument het volgende toegelicht.

- Consument heeft in 1990 een erfenis ontvangen, inhoudende een bedrag van (ongeveer) *ƒ* 130.000. Een kennis van zijn ouders, de heer A., heeft Consument toen aangeraden om met de erfenis te gaan beleggen. Consument stelt destijds, en dit is tot op heden naar eigen zeggen nog steeds het geval, geen verstand van beleggen te

hebben gehad en stelt 'blind te zijn gevaren' op de adviezen en inzichten van de heer A. Consument stelt daarbij destijds te hebben aangegeven met het bedrag van de erfenis in het geheel geen risico's te (hebben) willen lopen.

- De zoon van Consument, tevens belangenbehartiger in deze procedure, heeft van de erfenis van zijn ouders en de daaropvolgende beleggingen gedurende lange tijd niets afgeweten. Eerst door toeval, naar aanleiding van een [aanvraag voor een hypothecaire geldlening in het kader van een] verbouwing, kwam hij hier in het eerste kwartaal van 2010 achter. Hierop heeft hij zich in de beleggingsportefeuille van zijn ouders verdiept en werd hem (toen pas) duidelijk wat de beleggingen alsmede het (toepasselijke) doelrisicoprofiel inhielden. Daarom heeft hij niet reeds in een eerder stadium, namens zijn ouders, een klacht kunnen indienen.
- Consument erkent van Aangeslotene regelmatig portefeuilleoverzichten te hebben ontvangen en dat hij schriftelijk heeft ingestemd met aan- dan wel verkoopadviezen welke hem door de adviseurs zijn aangedragen. Consument stelt echter daarbij (tot op heden) niet goed in staat te zijn geweest om de (periodiek) door Aangeslotene verstrekte overzichten van zijn beleggingsportefeuille goed te kunnen duiden, noch om goed te beseffen wat het begrip "doelrisicoprofiel" precies inhield.
- Consument verklaart ter zitting meerdere malen (tot op heden) volstrekt geen verstand van beleggen te hebben. Consument erkent (wel) dat de adviseur van Aangeslotene regelmatig bij hem is langs geweest, waarbij de adviseur heeft verteld waarin is belegd. Ook erkent Consument dat de adviseur voorafgaand aan (nieuwe) beleggingsbeslissingen hem heeft geraadpleegd en heeft hij voorstellen tot (keuzes voor) nieuwe beleggingen voor akkoord getekend.
- Resumerend: er had Consument nooit geadviseerd mogen worden om überhaupt te gaan beleggen, laat staan volgens een offensief doelrisicoprofiel.

3.4 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.

- Er is sprake van verjaring dan wel heeft Consument zijn klacht niet, zoals art. 6:89 BW voorschrijft, binnen bekwame tijd bij Aangeslotene kenbaar gemaakt.
- De heer A. is bij (de rechtsvoorganger van) Aangeslotene in dienst getreden in 1991 en is (eerst) in 1994 actief geworden bij de voetbalclub. Nu Consument stelt dat hij de heer A. heeft ontmoet bij de voetbalclub, kan de conclusie worden getrokken dat de heer A. Consument niet eerder heeft geadviseerd dan 1994. De heer A. heeft Consument na 2004 niet meer geadviseerd.
- Uit niets blijkt dat Consument nimmer heeft willen beleggen, temeer aangezien Consument dit ruim 20 jaar juist wel heeft gedaan.
- Uit niets blijkt dat het gekozen doelrisicoprofiel offensief niet in overeenstemming met de wens van Consument is. Er waren bij aanvang van de (beleggings)relatie in 1990 (dan wel een later tijdstip) nog geen doelrisicoprofielen. Deze zijn pas in zwang geraakt vanaf het jaar 2001, Consument is hierover tijdens elk (sindsdien ontvangen) overzicht geïnformeerd. Voorts hebben er gedurende de periode 2001 – 2010 regelmatig gesprekken met Consument plaatsgevonden.
- Er is, anders dan Consument lijkt te veronderstellen, geen sprake geweest van vermogensbeheer; tot 2005 was sprake van een adviesrelatie.

- De adviesportefeuilles worden in geval van wijzigingen in de portefeuille elk kwartaal verstuurd en zijn altijd getekend retour gezonden door Consument.
- In 2005 heeft er een adviesgesprek plaatsgevonden met een accountmanager Private Banking, een beleggingsspecialist en Consument. Tijdens dit gesprek is de portefeuille doorgenomen en is besloten om de portefeuille te 'splitsen' in twee effectenrekeningen. De afspraken die tijdens het gesprek over B zijn gemaakt zijn bevestigd in de overeenkomst B, welke op 5 augustus 2005 door Consumenten zijn getekend. Tevens is afgesproken om het reeds bestaande effectendepot 'om te zetten' naar een execution only dienstverleningsconcept (Z Beleggen), waarbij Consument zelf verantwoordelijk is voor het opbouwen en verdelen van de portefeuille en zelf orders dient te plaatsen via internet of telefoon. Het doelrisicoprofiel voor deze portefeuille is in overeenstemming met Consument vastgesteld op offensief.
- Resumerend: er is door Consument meerdere keren gesproken met adviseurs van Aangeslotene en in deze gesprekken zijn de risico's van beleggen (uitvoerig) aan bod gekomen. Een deel van de gemaakte afspraken is daarbij schriftelijk bevestigd. Consument heeft regelmatig advieswijzigingen ontvangen en deze (op)gevolgd door middel van een ondertekend orderformulier voor een adviesportefeuille inzake B. Consument heeft al doende meerdere malen zijn portefeuille onder ogen gehad met daarbij de opmerking in welk risicoprofiel hij belegde. Tevens is de klacht te laat ingediend c.q. is de vordering verjaard; er werd al vanaf 1990 belegd en eerst in 2010 wordt een klacht ingediend.

3.5 Ter zitting heeft Aangeslotene het volgende toegelicht.

- Aangaande de aard van de relatie (advies of vermogensbeheer) stelt Aangeslotene dat haar filialen de dienst vermogensbeheer niet aanboden en er doorgaans eigenlijk alleen sprake was van adviesdiensten. Het ligt dan ook niet voor de hand dat het betreffende filiaal van Aangeslotene destijds (wel) vermogensbeheer heeft uitgevoerd ten behoeve van Consument.

4 Beoordeling

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

4.1 In de eerste plaats gaat de Commissie in op het eerste onderdeel van de klacht, inhoudende dat Consument, zo begrijpt de Commissie, bij aanvang van de relatie tussen Consument en Aangeslotene nooit had mogen worden geadviseerd, gelet onder meer op de levensovertuiging van Consument en diens gebrek aan ervaring met beleggen, om te gaan beleggen. Het is naar het oordeel van de Commissie onduidelijk op welk (specifiek) moment er tussen Consument en Aangeslotene een beleggingsrelatie is ontstaan. De precieze datum doet evenwel voor het vervolg verder niet terzake, de Commissie laat deze verder dan ook in het midden. Zij gaat er van uit dat in de loop van de jaren 90 de relatie tussen Aangeslotene en Consument is ontstaan.

4.2 Op grond van art. 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), rust op degene die zich op de rechtsgevolgen van door hem gestelde feiten beroept, om hiervoor het bewijs te leveren indien het gestelde door de wederpartij gemotiveerd wordt betwist. In deze rust de bewijslast op Consument om de, door de Commissie op basis van de stukken van het dossier, onderscheiden grondslagen, twee in getal, voor zijn vordering aan te tonen dan wel op zijn minst aannemelijk te maken nu Aangeslotene een en ander gemotiveerd heeft betwist.

4.3 Door Consument is onvoldoende aangetoond dat Aangeslotene Consument niet had mogen adviseren, nog los van de vraag of hiervan überhaupt sprake is geweest, om te gaan beleggen, nu (de persoon van) Consument daartoe niet geschikt zou zijn, aangezien de feiten te zeer in het verleden liggen. Zo is immers niet vast komen te staan, noch valt dit door het tijdsverloop nog te reconstrueren, dat Consument bij aanvang van de beleggingsrelatie heeft aangegeven geen verliezen te willen lijden, hetgeen mee zou brengen dat beleggen voor Consument geen geschikte vorm zou zijn. Aangeslotene heeft deze stelling daartoe van Consument gemotiveerd betwist en tevens is van belang dat Aangeslotene, nu de wettelijke bewaartermijn van 7 jaar reeds is verstreken, dienaangaande geen stukken meer in haar administratie heeft en een langer aanhouden van de stukken ook niet op andere gronden van haar gevergd kan worden.

4.4 Ten overvloede overweegt de Commissie dat dit klachtonderdeel aangaande, kort gezegd, het aangaan van de (beleggings)relatie in 1990, gelet op het bepaalde in artikel 6:89 BW dat meebrengt dat een klacht binnen bekwame tijd dient te worden voorgelegd, in een veel te laat stadium aan de Aangeslotene is voorgelegd. Het feit dat de belangenbehartiger van Consument eerst in het eerste kwartaal van 2010 er bekend mee raakte dat Consument over meerdere bij Aangeslotene aangehouden beleggingsportefeuilles beschikte en hij zich vervolgens (onverwijld, zo begrijpt de Commissie) voor nadere toelichting tot Aangeslotene heeft gewend, maakt dit niet anders.
Het voorgaande brengt mee dat dit onderdeel van de klacht van Consument wordt afgewezen.

4.5 De Commissie zal nu ingaan het op het onderdeel van de klachtuiting dat ziet op de (in ieder geval 2005) vastgestelde doelrisicoprofielen. Het komt de Commissie voor dat Consument vooral heeft willen klagen over de vastgestelde doelrisicoprofielen naar aanleiding van het opsplitsen van de portefeuille in 2005, maar de Commissie begrijpt dit onderdeel van de klacht als zodanig dat Consument ook heeft beoogd om te klagen over de voor die tijd vastgestelde (zeer) (offensieve) doelrisicoprofielen. Dit klachtonderdeel komt er naar het oordeel van de Commissie op neer dat voor de portefeuille van Consument nooit sprake had mogen zijn van een (zeer) offensief doelrisicoprofiel.

4.6 De Commissie stelt vast dat tussen Consument en Aangeslotene tot 2005 sprake was van een adviesrelatie. Anders dan Consument lijkt te veronderstellen is er geen sprake (geweest) van (de dienst) vermogensbeheer, aangezien deze vorm door Aangeslotene (destijds) niet werd aangeboden. Bij een adviesrelatie is de beleggende

consument in beginsel zelf verantwoordelijk voor de aan- en verkopen binnen de portefeuille. Dit wordt slechts anders indien Aangeslotene een advies heeft gegeven dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur niet heeft mogen geven. Echter, zoals ook hiervoor reeds is overwogen, gelet op het tijdsverloop valt niet goed meer na te gaan wat bij aanvang en in het vervolg van de relatie tussen partijen is besproken en of, en zo ja, wat, daarbij door Aangeslotene al dan niet is geadviseerd.

4.7 Vast is komen te staan dat tussen Consument en Aangeslotene regelmatig adviesgesprekken hebben plaatsgevonden, waarbij het komende beleid werd doorgenomen. Voorts staat vast dat door Aangeslotene voorgestelde transacties door Consument door middel van een handtekening zijn geaccordeerd. De Commissie begrijpt onder meer op basis van hetgeen ter zitting naar voren is gekomen, dat Consument zich op het standpunt heeft gesteld zich nimmer te hebben gerealiseerd waarvoor hij nu precies tekende, noch dat hij de aanduidingen op de door hem ontvangen afschriften en overzichten (waaruit onder meer de verrichte aan- en verkopen bleken alsmede het van toepassing zijnde doelrisicoprofiel) goed heeft kunnen 'plaatsen'.
Hieruit leidt de Commissie af dat Aangeslotene in ieder geval heeft voldaan aan de op haar rustende informatieplicht. De Commissie kan zich daarbij weliswaar, voor een (blijkbaar) niet ervaren belegger als Consument, tot op zekere hoogte voorstellen dat Consument de hem verstrekte informatie en overzichten niet goed heeft kunnen 'duiden', maar dit doet niet af aan het feit dat op Consument, uit hoofde van de adviesrelatie, een eigen verantwoordelijk heeft gerust. Dit staat los van de op Aangeslotene rustende verplichting tot informatieverstrekking, waarbij in het algemeen heeft te gelden dat naarmate het Aangeslotene duidelijker is dat een betreffende consument weinig tot geen ervaring heeft met beleggen (bij voorbeeld in vergelijking met een meer ervaren belegger) het op de weg van Aangeslotene ligt om meer informatie te verschaffen. In het dossier is een Beleggings Inventarisatie Formulier aanwezig (gedateerd 4 augustus 2005) waarbij ten aanzien van het punt Ervaring met beleggen "gemiddeld" is aangekruist. Op basis hiervan was de (kennelijke) onervarenheid van Consument met beleggen, waar Consument zich thans op beroept, voor Aangeslotene niet kenbaar zodat niet voor juist kan worden aangenomen dat Aangeslotene meer informatie had moeten verstrekken dan zij heeft gedaan. Het heeft voorts op de weg van Consument gelegen om indien hij het niet eens was met het gekozen doelrisicoprofiel, de voorgestelde transacties (beleggingsbeslissingen) en andere beslissingen die (de waarde van zijn) beleggen aangingen hierover ofwel bij Aangeslotene zijn beklag te doen, ofwel zich tot derden te wenden om zich nader te laten adviseren. Consument heeft hiertegen echter niet geprotesteerd noch heeft op andere wijze zijn ongenoegen kenbaar gemaakt tot aan 2010. Het heeft nadrukkelijk op de weg van Consument gelegen dit in een eerder stadium te doen, doch kennelijk heeft Consument dit nagelaten. Deze keuze stond Consument uiteraard vrij, maar brengt mee dat Consument thans Aangeslotene hier niet meer met succes op kan aanspreken. Het feit dat Consument stelt zelf geen

verstand van beleggen te hebben (gehad) en 'blindelings' te vertrouwen op de adviezen van Aangeslotene maakt dit, (mede) gelet op hetgeen de Commissie hiervoor heeft overwogen, niet anders.

4.8 Voorts was Consument, zo blijkt de Commissie op grond van de haar in het dossier aangetroffen overzichten, er in ieder geval vanaf 1997 van op de hoogte dat er sprake was van beleggen en acht de Commissie het daarbij een feit van algemene bekendheid dat het lopen van (koers)risico inherent is aan beleggen. Consument kan zich derhalve niet (met succes) op onwetendheid beroepen.

4.9 Het voorgaande brengt mee dat niet is komen vast te staan dat Aangeslotene niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur had mogen worden verwacht.

4.10 Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. 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.