KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-235 d.d. 14 augustus 2012
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en J.C. Buiter, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

Adviesrelatie. De Commissie overweegt dat het aan Consument is, als degene die stelt dat Aangeslotene niet heeft voldaan aan de op haar rustende verplichting het risicoprofiel op correcte wijze te bepalen, om de feiten te stellen en bij betwisting daarvan aan te tonen op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat Aangeslotene is tekortgeschoten in haar zorgplicht. Naar het oordeel van de Commissie is Consument daar niet in geslaagd. Betreffende de klachten van Consument inzake de advisering wijst de Commissie erop dat in een adviesrelatie niet zonder meer een verplichting tot spontaan adviseren bestaat. Voorts kan ook een professionele effecteninstelling als Aangeslotene de ontwikkelingen in de markt niet voorzien, laat staan dat zij ervoor verantwoordelijk kan worden gehouden. De klachten worden afgewezen.

1. 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 de gemachtigde van Consument van 1 juni 2011 inhoudende het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, waaronder het ingevulde vragenformulier en de door Consumentingevulde verklaring, ontvangen 6 juni 2011;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 31 augustus 2011;
- de brief met bijlagen van de gemachtigde van Consument van 31 augustus 2011;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 2 december 2011;
- het verweer van Aangeslotene van 6 februari 2012;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 6 maart 2012;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 13 maart 2012;
- de brief van Aangeslotene van 10 april 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 vastgesteld dat het geschil zich leent voor een verkorte schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37 van haar Reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Tussen Consument en Aangeslotene heeft gedurende de periode van augustus 2000 tot medio 2009 een beleggingsrelatie bestaan op basis van advies. Consument heeft twee effectenrekeningen aangehouden bij Aangeslotene, welke en/of rekeningen betroffen op naam van haar en haar echtgenoot.

2.2 Op 5 november 2002 heeft een gesprek plaatsgehad tussen Consument, haar echtgenoot en Aangeslotene. Aangeslotene heeft in die periode een risicoprofiel opgemaakt, dat is vastgesteld op High Risk. De echtgenoot van Consument is op 2 december 2002 komen te overlijden. Op 11 december 2002 heeft Aangeslotene Consument en de erven een brief toegezonden waarin onder meer en voor zover hier van belang het volgende is opgenomen:

"Onlangs hebben wij met u gesproken over het bepalen van uw risicoprofiel met betrekking tot het beleggen in effecten. Doel van dit gesprek was om objectief vast te stellen welke vermogensverdeling het best bij u past als persoon, uw financiële positie en uw beleggingsdoelstellingen.
Mede op basis van de volgende door u verschafte gegevens komen wij voor uw portefeuilles (…) tot risicoprofiel groeigericht:
* U verwacht de komende 5 jaar uit deze portefeuille geen aanvullend inkomen nodig te hebben.
* Met het beleggen van de betreffende portefeuille streeft u naar vermogensgroei.
* U wilt uw vermogen op een termijn van 10 jaar eventueel voor andere doeleinden gebruiken.
* U heeft langer dan 7 jaar ervaring met aandelenbeleggingen.
U heeft aangegeven dat u zich niet kunt vinden in het vastgestelde risicoprofiel omdat u debetstanden wilt aanhouden. (…) Op uw verzoek hebben wij u ingedeeld in risicoprofiel High Risk.
In het kader van de zorgplicht die Aangeslotene jegens haar relaties betracht, wijzen wij er op dat het door u gekozen beleggingsbeleid een hoog risico met zich meebrengt. Als gevolg hiervan kunt u te maken krijgen met aanzienlijke verliezen op uw beleggingsportefeuille. U hebt uitdrukkelijk jegens ons verklaard zich daar bewust van te zijn en die te accepteren. Aangeslotene faciliteert het door u gekozen beleggingsbeleid mede op grond van de door u ter beschikking gestelde gegevens over elders aangehouden vermogensbestanddelen en/of de voor u geldende inkomenspositie. Wij gaan ervan uit dat u ons onverwijld op de hoogte zult stellen van aanzienlijke wijzigingen in deze gegevens."

In de brief is voorts opgenomen dat Consument "kennis bezit van de werking van effectenmarkten" en dat met betrekking tot beleggen bij Aangeslotene haar "Voorwaarden voor de Effectendienstverlening" van toepassing zijn.

2.3 Nadien heeft Consument regelmatig contact gehad met een medewerker van de afdeling beleggingen van Aangeslotene.

2.4 Per brieven van 23 januari 2004 (één brief per aangehouden effectendepot) heeft Aangeslotene het vastgestelde risicoprofiel aan Consument bevestigd. In die brieven heeft Aangeslotene onder meer geschreven:

"Met ingang van 2004 hebben wij onze informatievoorziening met betrekking tot de risicoprofielen van uw effectendepot(s) angepast. Vanaf heden stellen wij u jaarlijks schriftelijk op de hoogte van het risicoprofiel van uw effectendepot(s).
Onderstaand vindt u de risicoprofielen van uw beleggingsportefeuille geadministreerd onder nummer [(…)020 respectievelijk (…) 709], gebaseerd op de gegevens van 31-12-2004.
- Geadviseerd: Groeigericht
- Bevestigd: High Risk
- Actueel: High Risk"

2.5 Op 29 augustus 2007 heeft Consument bij een stand van de AEX van circa 500 punten haar bij bank X. aangehouden aandelenportefeuille verkocht. Van de opbrengst heeft zij een bedrag van € 450.000 bij Aangeslotene ondergebracht.

2.6 Bij aanvang van de relatie, in 2001, bedroeg het bij Aangeslotene belegde vermogen € 1.015.500. Gedurende de relatie heeft Consument (gecorrigeerd voor opnames) € 459.000 bijgestort. De waarde van de beleggingen van Consument bedroeg eind 2007 circa € 1.800.000. De waarde van de beleggingen van Consument is daarna afgenomen en bedroeg eind 2008 € 956.900.
2.7 Bij brieven van 27 oktober 2008, 8 december 2008 en 27 mei 2009 heeft Consument zich beklaagd bij Aangeslotene. Consument heeft de relatie in april 2009 beëindigd. Medio 2009 heeft Aangeslotene de effecten op de twee effectenrekeningen verkocht en/ of uitgeleverd.

3. Geschil

3.1. Consument vordert vergoeding van de door haar geleden schade, door haar begroot op een bedrag van circa € 800.000, dat bestaat uit het verschil in waarde van de portefeuilles tussen eind 2007 en eind 2008. Consument vordert in ieder geval een bedrag van € 67.374, dat bestaat uit de door Aangeslotene in rekening gebrachte provisie gedurende de periode dat de relatie heeft bestaan.
3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
Consument verwijt Aangeslotene onbeschaafde nalatigheid, ondeskundigheid, arrogantie en gebrek aan intelligente menselijke normen en waarden.
Consument herinnert zich het gesprek van december 2002 niet. Dat daarbij een groeigericht profiel is besproken met risicoprofiel High Risk en wat dat profiel inhoudt, is haar onbekend. Dit profiel is waarschijnlijk op haar man van toepassing geweest. Zij betwist bovendien de brief van 11 december 2002 te hebben ontvangen.
Consument heeft de adviezen van Aangeslotene altijd opgevolgd. Zij heeft geen verstand van beleggen en vertrouwde op de afdeling beleggingsadvies van Aangeslotene. Als adequaat geadviseerd was bij 600 AEX punten te verkopen en bij rond 200 AEX punten weer op te stappen, dan was haar vermogen naar schatting minimaal € 1,2 miljoen groter geweest dan nu het geval is. Dit betekent dat Aangeslotene grof nalatig is geweest in haar advisering naar Consument.
Voorts is sprake geweest van een nonchalante houding rond de vrije val in 2008. Er is geen advies gegeven alle aandelen te verkopen. Consument dacht dat als dat nodig zou zijn, Aangeslotene met een voorstel zou komen en vraagt zich af waarom zij dat advies niet heeft gekregen. Zij heeft haar bij bank X. aangehouden aandelen indertijd zelf ook verkocht. Zij heeft kortom betaald voor deskundig advies, maar dat niet gekregen.
3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.

4. Beoordeling

4.1 Aangeslotene heeft een beroep gedaan op niet-ontvankelijkheid van Consument in haar klacht daar die betrekking heeft op het vaststellen van het risicoprofiel in december 2002 en Consument zich eerst in 2008 bij haar heeft beklaagd. Daarmee is sprake van

verjaring van de vordering van Consument alsmede van rechtsverwerking conform het bepaalde in artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek, aldus Aangeslotene. De Commissie deelt deze zienswijze niet en verwerpt deze verweren. Zij neemt daarbij in aanmerking hetgeen Consument heeft aangevoerd, en dat de Commissie aldus begrijpt, dat haar eerst in of na 2007, nadat de financiële crisis zich had gemanifesteerd, duidelijk is geworden wat de consequentie van die profielvaststelling was voor haar portefeuilles. De Commissie constateert dat Consument binnen een redelijke termijn na kennisneming van die consequentie geklaagd heeft. Naar het oordeel van de Commissie heeft Consument dan ook tijdig geklaagd, en is zij daarmee ontvankelijk in haar klacht.

4.2 De Commissie stelt vast dat tussen partijen een beleggingsrelatie op basis van advies heeft bestaan. Uitgangspunt van een adviesrelatie is dat een belegger zelf het beleggingsbeleid bepaalt en verantwoordelijk is voor aan- en verkoopbeslissingen en voor de samenstelling van de effectenportefeuille. Binnen een dergelijke adviesrelatie is de aansprakelijkheid van een financiële instelling als Aangeslotene in beginsel beperkt tot (de gevolgen van) adviezen die een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur in redelijkheid niet had mogen geven. De maatstaf voor de beoordeling die derhalve dient te worden aangelegd, is die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur. Daarbij stelt de Commissie voorop dat op een beleggingsadviseur de verplichting rust er zorg voor te dragen dat zijn adviezen aansluiten bij de beleggingsdoelstellingen van de belegger, diens risicobereidheid en diens vermogen om risico's te dragen.

4.3 De Commissie begrijpt dat Consument Aangeslotene verwijt bij de vaststelling van het aan haar toegekende risicoprofiel niet de juiste zorg te hebben betracht. Zij heeft gesteld dat zij de brief van 11 december 2002 niet ontvangen heeft en dat het risicoprofiel niet aansluit bij haar beleggingservaring.

Aangeslotene heeft zich hier tegen verweerd, onder meer door aan te voeren dat Consument in persoon aanwezig was bij de besprekingen die hebben geleid tot de vaststelling van het risicoprofiel, dat zij bovendien inbreng had in die gesprekken, dat zij ervaren was met beleggen en destijds een eigen portefeuille aanhield bij Bank X. Consument heeft nagelaten Aangeslotene mee te delen dat er wijzigingen in haar persoonlijke omstandigheden aan de orde waren die aanleiding zouden zijn haar beleggingsdoeleinden en -uitgangspunten bij te stellen. Integendeel, in navolgende gesprekken met Aangeslotene heeft zij aangegeven dat het huidige beleggingsbeleid ongewijzigd dient te blijven, aldus Aangeslotene.

4.4 De Commissie overweegt dat het aan Consument is, als degene die stelt dat Aangeslotene niet heeft voldaan aan de op haar rustende verplichting het risicoprofiel op correcte wijze te bepalen, om de feiten te stellen en bij betwisting daarvan aan te tonen op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat Aangeslotene is tekortgeschoten in haar zorgplicht. Naar het oordeel van de Commissie is Consument daar niet in geslaagd. Alhoewel het naar het oordeel van de Commissie in haar algemeenheid aanbeveling verdient dat een effecteninstelling regelmatig onderzoekt of in de omstandigheden van haar cliënten verandering is gekomen, en het overlijden van haar echtgenoot in beginsel zo'n omstandigheid kan vormen, heeft Consument tegen de gemotiveerde betwisting door Aangeslotene haar stellingen onvoldoende concreet toegelicht om die aannemelijk te maken.

Daaruit volgt dat niet is komen vast te staan dat het vastgestelde profiel niet aanvaardbaar zou zijn. Gelet op het feit dat dit profiel in ieder geval in 2004 aan haar is bevestigd en zij deze bevestiging per brief heeft ontvangen, althans dit is niet betwist door Consument, doet ook haar stelling de brief van 11 december 2002 niet te hebben ontvangen, hieraan niet af. Dit leidt ertoe dat haar op deze grond ingestelde vordering dient te worden afgewezen.

4.5 De Commissie begrijpt de klacht met betrekking tot het gestelde tekortschieten in de advisering aldus dat Consument Aangeslotene verwijt inzake de effectenportefeuilles onjuist te hebben geadviseerd en dat dit tot vermogensverlies heeft geleid dat, gelet op de deskundigheid van Aangeslotene, voorkomen had dienen te worden. Dit klachtonderdeel valt uiteen in twee gedeelten, die in de kern neerkomen op een door Consument vermeend aanwezige plicht aan de kant van Aangeslotene het initiatief tot adviseren te nemen en een vermeende bij Aangeslotene aanwezige verantwoordelijkheid voor de waardedaling in de portefeuilles.

Aangeslotene heeft tegen deze stellingen als verweer aangevoerd dat niet gezegd kan worden dat zij heeft "stilgezeten". Aangeslotene heeft Consument tussen 2003 en 2009 ook producten met (partiële) hoofdsomgarantie alsmede Nederlandse Staatsobligaties geadviseerd en is daarmee ondanks het hoge risicoprofiel behoudender gaan adviseren in verband met de marktomstandigheden. Voorts was de kredietcrisis niet voorzienbaar en kan en mag een waardedaling als gevolg van deze marktomstandigheden derhalve niet aan Aangeslotene worden toegerekend.

4.6 De Commissie wijst op de vaste lijn in haar jurisprudentie (vergelijk GC 15 oktober 2010, nr. 2010-177 en GC 5 oktober 2011, 2011- 237) welke inhoudt dat in een adviesrelatie niet zonder meer een verplichting tot spontaan adviseren bestaat. Voorts heeft Consument geen feiten gesteld waaruit volgt dat Aangeslotene verplicht was uit eigen beweging Consument te attenderen op de mogelijkheid haar portefeuilles te liquideren. Dit geldt te meer, nu Consument zelf – zoals onweersproken door Aangeslotene is gesteld – een andere portefeuille heeft aangehouden waarin zij dat initiatief tot verkoop kennelijk wel heeft genomen. Met betrekking tot het onderdeel van de klacht van Consument, dat het resultaat van de beleggingen is achtergebleven, oordeelt de Commissie als volgt. Een (significante) daling van de (boek)waarde van de in de portefeuille opgenomen effecten is op zichzelf beschouwd geen toereikende aanwijzing dat de advisering is tekortgeschoten. Aangeslotene heeft terecht aangevoerd dat de marktomstandigheden in de desbetreffende periode exceptioneel waren en, (vergelijk GC 15 oktober 2010, nr. 2010-177) niettegenstaande het feit dat Aangeslotene een professionele effecteninstelling is, zij heeft terecht aangevoerd dat ook zij de ontwikkelingen in de markt niet kan voorzien, laat staan dat zij ervoor verantwoordelijk kan worden gehouden. De Commissie is dan ook van oordeel dat Aangeslotene op dit punt geen treffend verwijt kan worden gemaakt. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat ook de op deze grond ingestelde vordering van Consument moet worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen daarom onbesproken blijven.

5. Beslissing

KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de klacht van Consument wordt afgewezen.

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.