Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-252 d.d. 13 augustus 2013
(prof.mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, H. Mik RA en G.J.P Okkema, leden en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

Consument baseert haar vordering tot schadevergoeding op de stelling dat de door Aangeslotene geadviseerde Klik & Klaar Notes niet passend waren bij een matig defensief risicoprofiel. Dit profiel heeft volgens Consument alleen betrekking op de beleggingen en niet op het spaarvermogen van Consument. Naar het oordeel van de Commissie is Aangeslotene er terecht vanuit gegaan dat bij het advies om te beleggen in Klik & Klaar Notes het totale vermogen van Consument moet worden meegewogen. Het door Aangeslotene verstrekte advies is passend bij een matig defensief beleggingsprofiel. Voorts overweegt de Commissie dat Aangeslotene Consument voldoende heeft geïnformeerd over de risico's van beleggen in Klik & Klaar Notes en had Consument hiervan op de hoogte kunnen en moeten zijn. De Commissie wijst de vordering af.

Consument,

tegen

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

1. Procesverloop

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, ontvangen op 5 september 2012;
- het door Consument ingevulde klachtformulier;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- de brief van Consument van 29 mei 2013;
- het e-mailbericht van Aangeslotene van 31 mei 2013.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Het geschil leent zich voor schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37 van haar Reglement.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Tussen Consument en Aangeslotene bestaat een beleggingsrelatie op basis van advies. Hiervoor heeft Consument op of omstreeks 22 februari 2007 een Overeenkomst Effectendienstverlening (hierna: 'de Overeenkomst') ondertekend.

3.2. Uit het door Consument op 1 maart 2007 ingevulde en ondertekende beleggingsprofiel blijkt dat portefeuillemodel 3 van toepassing is. Bij portefeuillemodel 3 behoort een matig defensief risicoprofiel en een verdeling van 35% aandelen, 50% obligaties, 10% onroerend goed en 5% liquiditeiten.

3.3. Op het moment dat Consument met Aangeslotene de Overeenkomst aanging, hield zij bij Aangeslotene een vermogen aan van ongeveer € 68.000,-, verdeeld over spaar- en privérekeningen.

3.4. Op advies van Aangeslotene heeft Consument op 1 maart 2007 voor een bedrag van € 5.000,- belegd in de Klik & Klaar Note AEX+E50 II en voor een bedrag van € 5.000,- in de Klik & Klaar Note Dutch Financials III.

3.5. In de brochure van Aangeslotene over de Klik & Klaar Notes is onder het kopje 'Risico's' het volgende opgenomen:

"(…) Niet alle Klik & Klaar Notes hebben een hoofdsomgarantie aan het einde van de looptijd. De Notes zonder hoofdsomgarantie hebben wel een bepaalde bescherming tegen eventuele koersdalingen van de onderliggende waarde(n) ten opzichte van de startwaarde. Bij een koersdaling op de afloopdatum groter dan het vooraf vastgestelde beschermingsniveau deelt u echter geheel mee inde volledige daling van de (minst presterende) onderliggende waarde ten opzichte van de startwaarde. In het meest extreme scenario, wanneer de waarde van de (minst presterende) onderliggende waarde tot nul daalt, kunt u uw gehele belegging verliezen. Zowel tijdens de looptijd als op de aflosdatum kan de koers van een Klik & Klaar Note lager noteren dan de nominale waarde In het geval van tussentijdse verkoop kan het daarom zo zijn dat u minder terugrijgt dan de nominale waarde of de garantiewaarde (…)".

3.6. Op 30 januari 2009 heeft Aangeslotene in opdracht van Consument de Klik & Klaar Note AEX+E50 II verkocht tegen een koers van 42% met een opbrengst van € 2.100,-. In overleg met Aangeslotene besloot Consument de Klik & Klaar Note Dutch Financials III, in verband met de lage koers, aan te houden.

3.7. Bij brief van 2 maart 2009 heeft Consument bij Aangeslotene een klacht ingediend over het door Aangeslotene verstrekte advies te beleggen in de Klik & Klaar Notes. Naar aanleiding van deze klacht heeft Aangeslotene Consument een coulancevergoeding van € 2.700,- aangeboden. Consument heeft dit voorstel aanvaard. Aangeslotene heeft dit bevestigd bij brief van 13 mei 2009. In deze brief is onder andere opgenomen:

"(…) Naar aanleiding van uw klacht d.d. 2 maart 2009 zullen wij een bedrag van € 2700,- op uw rekening overmaken. Genoemd bedrag is een vrijwillige en onverplichte vergoeding voor, door u gedane beleggingen ter waarde van € 10.000,- welke slecht hebben gerendeerd. In ons telefoongesprek heb ik u uitgelegd hoe wij zijn gekomen tot voormeld bedrag en u kunt zich daar goed in vinden. (…)"

3.8. Aan het einde van de looptijd (maart 2011) noteerde de koers van de Klik & Klaar Note Dutch Financials III 92,16% procent lager dan de conversiekoers. Het beschermingsniveau was vastgesteld op 75%. Derhalve werd aan Consument 7,84% van de nominale waarde uitgekeerd, zijnde € 392,-.

3.9. Bij brief van 28 juli 2011 heeft Consument bij Aangeslotene opnieuw een klacht ingediend over de koersontwikkelingen van de Klik & Klaar Notes en het door Aangeslotene in 2007 verstrekte advies.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert vergoeding van de door haar als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade. Consument begroot de schade op een bedrag van € 10.000,-, zijnde het door Consument belegde vermogen in de Klik & Klaar Notes.

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

- Aangeslotene heeft haar zorgplicht geschonden en heeft niet integer gehandeld.
- De door Aangeslotene geadviseerde Klik & Klaar Notes passen niet bij een matig defensief risicoprofiel. Dit profiel heeft alleen betrekking op de beleggingen van Consument. Het gedeelte van haar vermogen dat zij aanhield in liquiditeiten had niet mogen worden meegewogen bij het advies van Aangeslotene om te beleggen in Klik & Klaar Notes.

4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. Alvorens de Commissie ingaat op de vordering van Consument, zal zij eerst het formele verweer van Aangeslotene beoordelen. Aangeslotene stelt dat zij in 2009 met Consument een schikking tegen finale kwijting is overeengekomen, waarmee Consument haar aanspraken jegens de bank heeft prijsgegeven. Voorts stelt Aangeslotene dat Consument haar klacht te laat heeft ingediend nu zij reeds in 2008 ermee bekend is geworden dat de Klik & Klaar Notes fors in waarde waren gedaald en zij het risico liep haar inleg te verliezen. Consument heeft derhalve twee jaar gewacht met indienen van een formele klacht nadat zij bekend was, althans redelijkerwijs had moeten zijn, met de mogelijke gebreken in de advisering door Aangeslotene. Dit betekent dat Consument niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd en kan zij, gelet op het bepaalde in artikel 6:89 BW, geen beroep meer doen op het gebrek in de advisering.

5.2. Op basis van de stukken die Aangeslotene met betrekking tot de overeengekomen schikking heeft overgelegd is de Commissie niet gebleken dat er sprake was van een schikking tegen finale kwijting. Dit betekent dat het Consument vrij staat om opnieuw een klacht over de Klik & Klaar Notes bij Aangeslotene in te dienen en zij niet, zoals Aangeslotene stelt, haar rechten heeft prijsgegeven.

5.3. In zijn arrest van 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 heeft de Hoge Raad enkele algemene gezichtspunten gegeven voor de toepassing van artikel 6:89 BW in een beleggingsadviesrelatie:

> "De bank heeft bij beleggingsadviesrelaties te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij de cliënt doorgaans een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreken. Dit brengt mee dat de cliënt niet zonder meer op de hoogte behoeft te zijn van het bestaan van de hiervoor (…) bedoelde zorgplicht van de bank, terwijl hij, indien hij daarvan wel op de hoogte is, in beginsel ervan mag uitgaan dat de bank die zorgplicht jegens hem naleeft. Het niet naleven van de zorgplicht is derhalve niet een tekortkoming van de bank die de cliënt zonder meer behoort op te merken. Op de cliënt rust dan ook pas op grond van art. 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of de bank de zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten. De omstandigheid dat de beleggingen waarop de beleggingsadviesrelatie betrekking heeft, een tegenvallend rendement hebben of tot verliezen leiden, wijst niet zonder meer op een tekortschieten van de bank. Deze enkele omstandigheid behoeft voor de cliënt dan ook in beginsel niet een reden voor onderzoek te zijn. (…)
> Indien de cliënt, eventueel na (deskundig) onderzoek, bekend is geworden met het tekortschieten door de bank in haar zorgplicht, of daarmee redelijkerwijs bekend had moeten zijn, dient hij terzake op de voet van art. 6:89 BW binnen bekwame tijd te protesteren. Daarbij moet hem een redelijke termijn voor beraad worden gegund. Bij de beoordeling of het beroep van de bank op art. 6:89 BW gegrond is, komt voorts groot gewicht toe aan het antwoord op de vraag of de bank nadeel lijdt in de hiervoor bedoelde zin door het tijdsverloop tussen het moment van ontdekking van de tekortkoming en het moment waarop is geprotesteerd."

5.4. Het beroep van Aangeslotene op artikel 6:89 BW zal conform deze overwegingen van de Hoge Raad worden beoordeeld. In dit verband is van belang dat Consument weliswaar in 2008 ermee bekend is geworden dat de Klik & Klaar Notes fors in waarde waren gedaald, maar dit wijst niet zonder meer op een tekortschieten van Aangeslotene. Het moment waarop Consument wel bekend is geworden met het tekortschieten van Aangeslotene laat de Commissie in het midden nu niet is gebleken - en Aangeslotene niet heeft gesteld - dat zij nadeel heeft geleden door het tijdsverloop tussen het moment van ontdekking van de tekortkoming en het moment waarop Consument haar klacht heeft ingediend. Het voorgaande brengt mee dat het beroep op artikel 6:89 BW wordt afgewezen en de Commissie de klacht van Consument inhoudelijk zal behandelen.

5.5. De Commissie stelt vast dat tussen partijen een adviesrelatie bestaat. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger zelf beslissingen neemt over het al dan niet uitvoeren van transacties na verkregen advies van een beleggingsadviseur van de instelling waarmee hij een beleggingsrelatie onderhoudt. Omdat de belegger in een adviesrelatie uiteindelijk zelf de beslissingen neemt, is hij in beginsel zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van die beslissingen. Dit kan slechts anders zijn als komt vast te staan dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt.

5.6. Consument baseert haar vordering tot schadevergoeding op de stelling dat de door Aangeslotene geadviseerde Klik & Klaar Notes niet passend waren bij een matig defensief risicoprofiel. Dit profiel heeft volgens Consument alleen betrekking op de beleggingen en niet op het spaarvermogen van Consument. Aangeslotene stelt dat

het matig defensieve risicoprofiel betrekking had op het totale vermogen van € 68.000,-, zodat Aangeslotene Consument heeft geadviseerd om - op basis van dit vermogen en het matig risicoprofiel - € 10.000,- te beleggen in de Klik & Klaar Notes en de overige € 58.000,- op haar spaarrekening te laten staan. Dit advies is volgens Aangeslotene passend bij een matig defensief risicoprofiel.

5.7. De vraag die thans beantwoord moet worden is of het door Aangeslotene verstrekte advies, een advies is dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur had mogen geven. In dit kader overweegt de Commissie als volgt.

5.8. De Commissie stelt vast dat ten tijde van het advies van Aangeslotene een matig defensief risicoprofiel op de beleggingsportefeuille van Consument van toepassing was. Naar het oordeel van de Commissie is Aangeslotene er terecht vanuit gegaan dat bij het advies om te beleggen in Klik & Klaar Notes het totale vermogen van Consument moet worden meegewogen. Het risicoprofiel is dan ook van toepassing op dit totale vermogen en niet, zoals Consument stelt, slechts op het te beleggen bedrag van € 10.000,-. Dit brengt mee dat het door Aangeslotene verstrekte advies om slechts een deel van het vermogen, zijnde 15%, in de Klik & Klaar Notes te beleggen en het overige deel, zijnde 85%, in liquiditeiten aan te houden, passend is bij een matig defensief beleggingsprofiel.

5.9. Voorts stelt de Commissie vast dat in de brochure van Aangeslotene over Klik & Klaar Notes uitleg wordt gegeven over de kenmerken van deze producten en de risico's die hiermee gepaard gaan. Aangeslotene stelt deze brochure aan Consument te hebben overhandigd en dit wordt door haar niet betwist. Daarnaast maakt de Commissie uit de door Aangeslotene overgelegde gespreksverslagen - welke door Consument niet zijn betwist - op dat Consument ook mondeling op deze risico's is gewezen.

5.10. Naar het oordeel van de Commissie heeft Aangeslotene Consument voldoende geïnformeerd over de risico's van beleggen in Klik & Klaar Notes en had Consument hiervan op de hoogte kunnen en moeten zijn. Dat Consument verlies heeft geleden is zeer ongelukkig, maar kan Aangeslotene niet worden verweten. Dit verlies is te wijten aan de koersdaling van de onderliggende aandelen en deze koersdaling was ook door een professionele belegger niet te voorzien. Het is van algemene bekendheid dat een dergelijk risico inherent is aan beleggen, zeker indien daarbij naar hoge rendementen wordt gestreefd.

5.11. Gelet op het voorgaande concludeert de Commissie dat de klacht van Consument ongegrond is en de vordering moet worden afgewezen.

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

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.