Niet-bindende Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-354 d.d. 26 september 2014 (prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en J.C. Buiter, leden en mr. M.J.M. Fennis, secretaris)

Samenvatting

Vermogensadvies. De belegger stelt dat de lijfrente wegens de daarmee verbonden risico's niet had mogen worden geadviseerd en dat de opbouw van de portefeuille niet overeen kwam zijn profiel. Naar het oordeel van de Commissie is onvoldoende gesteld waaruit zou blijken dat de lijfrente niet had mogen worden geadviseerd. Ook ten aanzien van de opbouw van de portefeuille is door de belegger onvoldoende gesteld en is de schade onvoldoende onderbouwd. Het ontbreekt aan vaststaande feiten waaruit volgt dat de belegger schade heeft geleden vanwege de verstrekte adviezen en het gevoerde beleid.

Consument,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Wilgenhaege Vermogensbeheer B.V., gevestigd te Hoofddorp, 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 door Consument ondertekende vragenformulier en begeleidende brief van 17 februari 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
De Commissie stelt voorts vast dat beide partijen het advies van de Commissie als niet-bindend zullen aanvaarden.
De Commissie doet, conform het in artikel 37.7 van haar reglement bepaalde, het geschil af op stukken.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Consument heeft medio juli 2006 één of meer adviesgesprekken met Aangeslotene gevoerd over de besteding van de ontslagvergoeding van € 53.000,- en een pensioenvergoeding van € 17.000,-. Naast de ontslag- en pensioenvergoeding is er gesproken over de hypothecaire lening van Consument en over bij DSB en Ohra aangehouden beleggersrekeningen.

De ontslagvergoeding diende vanaf 1 maart 2012 tot 1 maart 2022 te worden gebruikt als periodieke aanvulling op het inkomen, dan wel als aanvulling op de AOW.

2.2. Aangeslotene heeft Consument geadviseerd met de ontslagvergoeding een (Wilgenhaege) Cum Laude Lijfrente Plan, hierna "de Lijfrente", aan te kopen bij levensverzekeringmaatschappij Universal Leven N.V.

2.3. Omdat het product de Lijfrente nog niet beschikbaar was, heeft Aangeslotene Consument geadviseerd een tweetal producten aan te kopen bij Legal & General ("L&G") om zijn ontvangen gelden daar tijdelijk onder te brengen.

2.4. In september 2006 heeft Consument bij L&G een Gouden Handdrukpolis met nummer XX aangekocht. De koopsom bedroeg € 45.241,-. Voorts heeft Consument een pensioenverzekering gekocht, het Beleggers Polis Koopsom Depot Plas met een pensioenclausule met nummer YY. De koopsom bedroeg € 26.494,-.

2.5. In augustus 2007 heeft Consument de Gouden Handdrukpolis (gedeeltelijk) omgezet in de Lijfrente van Universal Leven.

2.6. Voor het afsluiten van de Lijfrente van Universal Leven heeft Consument op 11 juni 2007 een vragenlijst "Beleggersprofiel" ingevuld. Uit de vragenlijst bleek het volgende:

- Consument had 5 tot 10 jaar ervaring met beleggen;
- Het beleggingsdoel was vermogensgroei gecombineerd met inkomensgroei;
- De beleggingshorizon was 10 tot 15 jaar;
- Het maximale tussentijdse verlies dat Consument wilde lopen was tussen 5 en 10% over het belegde vermogen;
- Het maximale verlies dat Consument aan het einde van de beleggingshorizon in % van de inleg wilde riskeren was 0%;
- Uit het belegde vermogen dienden later onttrekkingen te worden gedaan voor het pensioen;
- Consument had een vrij beschikbaar vermogen van € 100.000 - € 250.000.

2.7. In de brochure Wilgenhaege Cum Laude Lijfrente Plan van Aangeslotene is onder meer het volgende opgenomen:

"(…)

- Het Wilgenhaege Cum Laude Lijfrente plan is door ons ontwikkeld in samenwerking met Universal Leven N.V., een dochteronderneming van Allianz Levensverzekering. U kunt het zien als onze Behoudend Beheer beleggingsstrategie in een 'verzekeringsjas';
- Behoudend Beheer
  Het beleggingsbeleid is gericht op het genereren van een hoog direct inkomen uit het belegde vermogen, bij een laag koersrisico van de portefeuille;
- Risico
  Het beheer van de portefeuille is gericht op het genereren van positieve rendementen op de lange termijn, bestaande uit direct inkomen en te realiseren koerswinsten. Dit wordt nagestreefd door het vermogen op een defensieve manier in de verschillende assets te beleggen en risico's waar nodig af te dekken.
- Verdeling van het vermogen binnen de bandbreedtes

Effect	Minimum	Maximum
Aandelen (incl. pref. Aandelen)	0%	30%
Converteerbare obligaties	0%	30%
Reverse convertibles	0%	25%

Bedrijfsobligaties	0%	60%
Staatsobligatie	0%	60%
Vastgoedaandelen	0%	25%
Defensieve optiestrategieën	0%	40%
Special Structured Notes	0%	25%
Futures	0%	0%
Hedgefunds	0%	30%
Cash	0%	100%

(…)"

2.8. Op 8 augustus 2007 heeft Consument de per 1 augustus 2007 ingaande Lijfrente afgesloten. Het polisnummer was X. De ingelegde koopsom bedroeg € 41.875,83. Van dit bedrag is 97,5% belegd. De administratievergoeding bedroeg 1% over de inleg en de adviesvergoeding 1,5% over de inleg. De beoogde ingangsdatum van de periodieke uitkering was 1 maart 2013 en de einddatum van deze uitkering was 1 maart 2022. De gelden werden voor Universal Leven op basis van een vermogensbeheerovereenkomst door Aangeslotene belegd. Het beleggingsprofiel was "Wilgenhaege Behoudend Beheer". Een bedrag van € 3.000 is achtergebleven in de Gouden Handdrukpolis van L&G.

2.9. Het resultaat van de Lijfrente was als volgt:

8/8/2007	€ 41.875,83 (koopsom)
1/1/2008	€ 41.522,88
1/1/2009	€ 30.654,49
1/1/2010	€ 35.007,51
1/1/2011	€ 37.196,00
1/11/2011	€ 35.106,80

2.10. In 2008 heeft zich de grootste waardedaling in het vermogen voorgedaan en op 1 januari 2009 was de waarde van de portefeuille gedaald tot € 30.654,49. Op 1 november 2011 was de waarde van de portefeuille weer toegenomen tot € 35.106,80. Op 11 november 2011 heeft Consument Aangeslotene aansprakelijk gesteld.

2.11. Consument heeft over de tegenvallende resultaten regelmatig zijn zorgen geuit aan Aangeslotene.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade die hij begroot op € 15.315,98, het verschil tussen de waarde van de portefeuille op 1 november 2011 en de waarde die de portefeuille zou hebben gehad als de Gouden Handdrukpolis bij L&G niet zou zijn omgezet maar zou zijn gecontinueerd.

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

- Aangeslotene is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Consument. Aangeslotene had de Lijfrente gezien de risico's niet mogen adviseren, nu de Gouden Handdrukpolis van L&G een garantie kent.
- De opbouw van de portefeuille komt niet overeen met een Behoudend Beheer profiel, waarbij Consument verwijst naar uitspraken van de Commissie.

3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:
- Consument heeft zijn klacht te laat ingediend. Op grond van artikel 6:89 Burgerlijk wetboek ("BW") dient de klacht afgewezen te worden;
- Consument doet zijn beklag over het gevoerde vermogensbeheer. Tussen Aangeslotene en Consument bestaat geen vermogensbeheerovereenkomst. Consument dient zijn klacht tegen Universal Leven te richten;
- De Lijfrente en de portefeuille was deugdelijk van opzet en kwamen met de uitgangspunten van Consument overeen. De verliezen zijn aan de financiële crisis te wijten;
- De opbouw van de portefeuille was niet te risicovol.

4. Beoordeling

Ontvankelijkheid

4.1. Aangeslotene heeft een beroep gedaan op niet-ontvankelijkheid van Consument op basis van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, zoals dat gold tot 1 oktober 2011 ("Reglement Oud"). In art 10.1 Reglement Oud is bepaald dat, kort gezegd, een klacht niet behandeling kan worden genomen wanneer er meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop de Consument van de feiten die tot aanleiding van de klacht hebben geleden kennis heeft genomen en het tijdstip van het voorleggen van de klacht aan de Aangeslotene, of de feiten waar de klacht betrekking op hebben in een te ver verleden liggen.

4.2. Aangeslotene stelt, kort en zakelijk weergegeven, dat Consument zijn klacht reeds in 2008 zou hebben kunnen indienen. Door de klacht pas in medio november 2011 aan Aangeslotene voor te leggen, is Consument op grond van het Reglement Oud niet ontvankelijk in zijn klacht, aldus Aangeslotene.

4.3. De Commissie acht, zoals hiervoor reeds overwogen, niet aannemelijk dat Consument reeds in 2008 bekend kon zijn met alle gegevens die hij nodig had om te klagen over schending van de op Aangeslotene rustende zorgplicht. Het thans geldende Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, in werking getreden op 1 oktober 2011, heeft directe werking en kent geen bepaling zoals artikel 10.1 Reglement Oud. Het valt niet in te zien dat Aangeslotene door toepassing van het nu geldende Reglement in onevenredige mate wordt benadeeld. Het verweer van Aangeslotene wordt verworpen.

4.4 Tevens passeert de Commissie het beroep van Aangeslotene op artikel 15 van het thans geldende Reglement nu dit verweer door Aangeslotene onvoldoende is onderbouwd.

Klachtplicht, artikel 6:89 BW

4.5. De Commissie stelt voorop dat in het Hoge Raad-arrest van 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 enkele algemene gezichtspunten zijn gegeven voor de toepassing van artikel 6:89 BW in een beleggingsadviesrelatie. De Hoge Raad overweegt in dit arrest allereerst dat in een beleggingsadviesrelatie de onderzoeksplicht van de cliënt – met betrekking tot de vraag of de zorgplicht door de bank is nageleefd – eerst ontstaat wanneer de cliënt van die zorgplicht op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten. Verder overweegt de Hoge Raad dat het feit dat de beleggingen een tegenvallend rendement hebben of tot verliezen leiden, niet zonder meer op een tekortschieten van de bank wijst en dat bij de beoordeling

van het beroep op artikel 6:89 BW groot gewicht toekomt aan het antwoord op de vraag of de bank nadeel lijdt door het tijdsverloop tussen het moment van ontdekking van de tekortkoming en het moment van klagen.

4.6. In het onderhavige geval overweegt de Commissie dat uit de omstandigheid dat de resultaten van de beleggingen tegenvielen, niet kan worden afgeleid dat Consument op de hoogte was van het tekortschieten van Aangeslotene of daarop bedacht behoorde te zijn. Evenmin is komen vast te staan dat Consument destijds op de hoogte was van de oorzaak van de tegenvallende resultaten en de verliezen. De enkele omstandigheid behoefde voor Consument geen reden voor onderzoek te zijn. Consument mocht er immers van uitgaan dat Aangeslotene, als deskundige op dit terrein, haar bijzondere zorgplicht naleefde.

4.7. Dat Consument niet lang na het aangaan van de overeenkomst regelmatig contact heeft gehad met Aangeslotene, brengt niet mee dat Consument op de hoogte was of op de hoogte had behoren te zijn van het bestaan van de in de rechtspraak geformuleerde bijzondere zorgplicht en het tekortschieten van Aangeslotene daarin. Aangeslotene heeft, voor zover uit het dossier blijkt, jegens Consument steeds volgehouden dat de portefeuille voldeed en de verliezen aan de financiële of kredietcrisis waren te wijten. Daarom behoefde Consument niet op het schenden van bijzondere zorgplicht bedacht te zijn.

4.8. Van belang is verder dat Aangeslotene weliswaar stelt dat zij door het late tijdstip van klagen in haar verweer en bewijspositie is geschaad, maar dat zij dit heeft onderbouwd aan de hand van onvoldoende specifieke stellingen.

4.9. Gelet op het voorgaande is niet komen vast te staan dat Consument niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd. Het beroep op artikel 6:89 BW moet daarom worden verworpen.

Toerekenbaar tekortschieten

Eerste klachtonderdeel: Advies Lijfrente

4.10. Consument stelt dat Aangeslotene de Lijfrente gezien de risico's niet mogen adviseren, nu de Gouden Handdrukpolis van L&G een garantie kent.

4.11. Tussen partijen is niet in geschil dat Aangeslotene de Lijfrente aan Consument heeft geadviseerd. Omdat het product de Lijfrente nog niet beschikbaar was, heeft Aangeslotene Consument geadviseerd om eerst een Gouden Handdrukpolis aan te kopen. Dit product kende een garantieregeling. Dat dit product later is omgezet naar een product waarvan de waarde op de beoogde einddatum niet is gegarandeerd, is achteraf ongelukkig geweest. Dat wil echter niet zeggen dat een advies daarmee gebrekkig is. Gezien de looptijd van de Lijfrente kan niet worden gezegd dat dit niet had mogen worden geadviseerd. Het beheer is uitgevoerd ten behoeve van een omzetting naar een lijfrente op pensioendatum. De einddatum stond vast. Op zich was de rentegevoeligheid van ongeveer 10 jaar van een portefeuille zoals die ten tijde van het advies door Aangeslotene werd gehanteerd acceptabel.

4.12. Consument heeft zijn stelling verder niet onderbouwd aan de hand van specifieke stellingen of stukken. De constatering achteraf dat de Gouden Handdrukpolis wellicht tot een beter resultaat zou hebben geleid, is onvoldoende. Ook daarom dient dit klachtonderdeel afgewezen te worden.

Tweede klachtonderdeel: Opbouw portefeuille

4.13. Consument stelt dat de opbouw van de portefeuille niet overeen komt met een Behoudend Beheer profiel. Consument verwijst daarbij naar uitspraken van de Commissie. De Commissie begrijpt de klacht aldus dat Aangeslotene Consument daarom de Lijfrente niet zou hebben mogen adviseren.

4.14. Naar aanleiding van deze stelling zal de Commissie eerst onderzoeken welke afspraken partijen hebben gemaakt over de inrichting van de portefeuilles. Vervolgens zal worden beoordeeld of die afspraken zijn nageleefd.

4.15. Tussen partijen is niet in geschil dat in de brochure Wilgenhaege Cum Laude Lijfrente Plan asset allocaties zijn opgenomen die inhielden dat voor alle beleggingscategorieën een minimum van 0% gold, terwijl het maximum varieerde. De relevante percentages zijn weergegeven in overweging 2.7 hiervoor.

4.16. Consument laat echter na voldoende te onderbouwen in welk opzicht de opbouw van de portefeuille niet overeenkomt met een Behoudend Beheer Profiel. Consument verwijst daarbij naar jurisprudentie van de Rechtbank Haarlem en de Hoge Raad. Dat is niet voldoende. Consument heeft nagelaten aan te geven welke onderdelen van de portefeuille niet passend waren en daarom niet geadviseerd hadden mogen worden. Voorts is de schade onvoldoende onderbouwd. Het ontbreekt de Commissie in deze zaak ontbreekt aan vaststaande feiten waaruit volgt dat Consument schade heeft geleden vanwege de door Aangeslotene verstrekte adviezen en het gevoerde beleid. Ook geven de vaststaande feiten geen aanwijzingen hoe Aangeslotene de schade had kunnen en had behoren te beperken.

4.17. Nu gebleken is dat geen van de klachtonderdelen kan leiden tot het toewijzen van schadevergoeding brengt dit mee dat de vordering zal worden afgewezen.

Slotoverwegingen

4.18. Tot slot heeft Aangeslotene op 15 juni 2012 de aansluiting bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening omgezet van bindend naar niet-bindend advies. Op 28 februari 2013 is de klacht door Consument bij de Commissie ingediend. De datum van het indienen van de klacht bij de Commissie is bepalend voor de vraag naar de bindendheid van het advies. Het advies van de Commissie is derhalve niet-bindend.

5. Beslissing

De Commissie wijst als niet-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. 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.