KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-205
d.d. 13 juli 2012
(mr. J. Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en R.H.G. Mijné, leden, en
mr. P.E. Roodenburg, secretaris)

Samenvatting

De vordering van Consument steunt naar de kern genomen op de stelling dat het Aangeslotene niet kan zijn ontgaan, althans zij had behoren op te merken, dat de gezondheidstoestand van Consument na diens herseninfarct meebracht dat 'execution only' voor hem geen geschikte vorm van dienstverlening meer was. Tegenover de gemotiveerde betwisting van Aangeslotene heeft Consument onvoldoende concrete feiten en omstandigheden aangevoerd die zijn stelling dat het Aangeslotene niet kan zijn ontgaan dat zijn (beleggings)gedrag was veranderd en hij niet meer volledig in staat was de gevolgen van zijn beleggingsbeslissingen te overzien, kunnen ondersteunen. Om dezelfde reden kan het betoog van Consument dat Aangeslotene een procedurefout heeft gemaakt door Consument niet naar de orderlijn of internetbankieren te verwijzen, en (door dit na te laten) bij Consument de schijn te wekken dat hij wederom van een adviesrelatie kon uitgaan, geen doel treffen.

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 15 april 2011;
- het antwoord inclusief bijlagen namens Aangeslotene d.d. 28 juli 2011;
- de repliek van Consument inclusief bijlagen d.d. 11 augustus 2011;
- de dupliek namens Aangeslotene d.d. 7 september 2011;
- aanvullende reactie van Consument inclusief bijlagen d.d. 26 september 2011;
- het faxbericht van de gemachtigde van Aangeslotene d.d. 26 april 2012;
- de ter zitting overgelegde pleitnota van de gemachtigde van Consument;
- de ter zitting overgelegde pleitnota van de gemachtigde van Aangeslotene.

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 9 mei 2012.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument is sinds de jaren '80, in ieder geval vanaf 1987, als belegger actief op de beurs. Consument heeft bij Aangeslotene de Verklaring inzake optiehandel d.d. 30 juni 1988 getekend. Op 27 september 2000 heeft Consument bij Aangeslotene een effectenrekening geopend. Op 17 juni 2002 heeft Consument de "Overeenkomst X. Beleggersrekening" getekend. Op 20 juli 2007 heeft Consument met Aangeslotene de "Overeenkomst XX Beleggen" gesloten.

2.2 Tot 20 juli 2007 was de relatie tussen Consument en Aangeslotene te kwalificeren als een adviesrelatie. Vanaf 20 juli 2007 was sprake van een execution only relatie.

2.3 Consument werd tijdens zijn vakantie in januari 2008 getroffen door een herseninfarct. Bij terugkomst in Nederland werd Consument op 25 januari 2008 in het ziekenhuis opgenomen. Vanuit het ziekenhuis heeft Consument op 28 januari 2008 telefonisch contact gehad met contactpersoon de heer S. van Aangeslotene.

2.4 Voorafgaand aan de vakantie van Consument is overeengekomen dat bij overschrijding van de marginverplichting gedurende de vakantie van Consument de heer S. gebruik kon maken van geld van de rekening van de vennootschap van Consument (X Beheer B.V.), indien dit tengevolge van koersontwikkeling noodzakelijk zou zijn.

2.5 Gedurende de vakantie van Consument is een margintekort ontstaan, naar aanleiding waarvan S., gebruik makend van de hem verstrekte volmacht, ten laste van X Beheer B.V. een bedrag van € 56.900,00 naar de effectenrekening van Consument heeft overgemaakt zodat deze weer aan zijn marginverplichting voldeed.

2.6 In de maanden na het herseninfarct zijn Consument en zijn echtgenote enkele keren bij Aangeslotene op kantoor langs geweest, onder meer op 16 en 25 april, 16 juni en 2 juli 2008. Op 20 november 2008 heeft Consument een gesprek gehad op de vestiging van Aangeslotene te L.

2.7 Bij brief van 21 januari 2009 verwijt Consument Aangeslotene dat zij niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. In vervolg hierop heeft op 24 februari 2009 een (lunch)bespreking plaatsgevonden.

2.8 Aangeslotene heeft zich bij brief van 3 april 2009 coulancehalve bereid verklaard om – tegen finale kwijting - Consument 30% van de door Consument betaalde provisie over alle transacties in 2008 over beide portefeuilles te vergoeden, inhoudende een bedrag van € 8.288,62. Consument heeft dit aanbod niet aanvaard.

3 Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag tussen € 470.000,00 en € 564.000,00. Tevens vordert Consument vergoeding van de wettelijke rente.

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

- Op of omstreeks 25 januari 2008, kort na het herseninfarct van Consument, was Consument (zeker) niet in staat om de gevolgen van zijn handelen te overzien en was hij half blind. Zijn echtgenote had geen inzicht in of ervaring met beleggen of optieconstructies. De heer S., werkzaam bij Aangeslotene, heeft zich vervolgens om de beleggingen van Consument bekommerd. De heer S. heeft daarbij de uitvoering van de orders ter hand genomen. Aangeslotene was dan ook (goed) op de hoogte van de ernst van de persoonlijke situatie van Consument.
- Bij de beleggingsvorm XX. beleggen is het in het geheel niet toegestaan om cliënten te adviseren of orders voor hen uit te voeren. Door voornoemde handelingen te hebben overgenomen heeft Aangeslotene een procedurefout gemaakt. Aangeslotene had Consument dienen te verwijzen naar de orderlijn of internetbankieren; dit heeft zij echter niet gedaan. Aangeslotene heeft zich hiermee schuldig gemaakt aan misleiding. Door haar handelwijze heeft zij (immers) bij Consument de indruk gewekt dat tussen Consument en Aangeslotene (weer) sprake was van een adviesrelatie.
- De echtgenote van Consument heeft zich (vervolgens) regelmatig in verbinding gesteld met de adviseurs van Aangeslotene. Deze hebben daarop (slechts) geantwoord dat er geen andere mogelijkheid was dan het voldoen aan de marginverplichtingen.
- Eerst in oktober 2008, toen nagenoeg het gehele vermogen van Consument was verdampt, heeft de echtgenote van Consument het risicobeperkende advies ontdekt om de marginverplichting voor het restant bedrag niet meer variabel te houden, maar vast te zetten door middel van het afdekken van ‘puts’.
- Aangeslotene en haar adviseurs hebben slechts oog gehad voor de risicobeperking en de omzetprovisie van Aangeslotene zelf, en daarmee mogelijk ook hun eigen bonussen.
- Aangeslotene is tekort geschoten in haar zorgplicht jegens Consument, die des te meer op haar rustte gelet op de persoonlijke omstandigheden waarin Consument destijds verkeerde.
- Meer specifiek heeft Aangeslotene verzuimd om, nadat zij op de hoogte was geraakt van de gewijzigde persoonlijke omstandigheden van Consument, een nieuw risico-profiel voor Consument op te stellen. Als dit wel was gebeurd, zou de discrepantie tussen het bestaande profiel en de beleggingsportefeuille ogenblikkelijk voor iedereen binnen Aangeslotene duidelijk zijn geweest en zou er door een afdeling met begeleid

beleggen anders zijn geadviseerd en gehandeld. De (optie)posities zouden dan (wellicht) direct gesloten zijn en het restant zou op een risicoloze wijze zijn ondergebracht; het vermogen van Consument diende (immers) als aanvulling op het pensioen van Consument.

- Het vermogen van Consument kende (overduidelijk) een pensioendoelstelling. Gelden die in dat kader belegd worden, mogen nimmer aan dergelijke (bijzondere) risico's worden blootgesteld. Het verlies op de effectenrekening zou dan waarschijnlijk beperkt zijn gebleven tot ongeveer 40% a 50% van het startvermogen in 2008.
- Consument heeft tijdig geprotesteerd als bedoeld in 6:89 BW, nu hij de heer S. in de zeven maanden volgend op het herseninfarct bij herhaling heeft verzocht uitvoering te geven aan de op Aangeslotene rustende zorgplicht. De heer S. heeft echter geen uitvoering aan dit verzoek gegeven. Zo heeft Aangeslotene (ook) geen gehoor gegeven aan het verzoek om de execution only dienstverlening 'om te zetten' naar een adviesrelatie.

3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De door partijen betrokken stellingen worden in het hiernavolgende voor zover nodig besproken.

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 Tussen Consument en Aangeslotene was vanaf juli 2007 sprake van een execution only relatie. Een execution only relatie is de meest eenvoudige vorm van dienst-verlening waarbij de belegger de beleggingsinstelling alleen gebruikt voor het doorgeven van zijn of haar orders. De financiële dienstverlener geeft hierbij geen advies en derhalve wordt van de belegger verwacht dat hij zelf de nodige informatie verzamelt.

4.2 De vordering van Consument steunt naar de kern genomen op de stelling dat het Aangeslotene niet kan zijn ontgaan, althans zij had behoren op te merken, dat de gezondheidstoestand van Consument na diens herseninfarct meebracht dat 'execution only' voor hem geen geschikte vorm van dienstverlening meer was. Consument betoogt in dit verband dat er in de periode na diens herseninfarct diverse contacten tussen hemzelf en zijn echtgenote enerzijds en Aangeslotene anderzijds zijn geweest, en Aangeslotene daaruit had kunnen en moeten opmaken dat Consument niet langer meer in staat was om de juiste (beleggings)beslissingen te nemen en de gevolgen van zijn beslissingen goed te kunnen overzien.

4.3 Aangeslotene heeft dit weersproken door te stellen dat voor haar geen verandering in de toestand of het gedrag van Consument waarneembaar is geweest, en de contacten zich beperkten tot zeer specifieke, door Consument zelf gekozen effectenorders, zoals ook voorheen steeds het geval was, en de overboeking van saldo naar de effectenrekening van Consument opdat deze weer aan zijn margin-verplichting voldeed is uitgevoerd op basis van een specifieke, door Consument gegeven volmacht ter bewaking van margintekorten tijdens diens afwezigheid. Aangeslotene wijst op overzichten waaruit blijkt dat de in opdracht van Consument uitgevoerde effectentransacties na januari 2008 in eenzelfde patroon passen als de voordien ingenomen posities, en ongewijzigd de indruk wekken te berusten op weloverwogen beslissingen van een belegger die met enige kennis van zaken de markt volgt.

4.4 Tegenover deze gemotiveerde betwisting heeft Consument onvoldoende concrete feiten en omstandigheden aangevoerd die zijn stelling dat het Aangeslotene niet kan zijn ontgaan dat zijn (beleggings)gedrag was veranderd en hij niet meer volledig in staat was de gevolgen van zijn beleggingsbeslissingen te overzien, kunnen onder-steunen. Om dezelfde reden kan het betoog van Consument dat Aangeslotene een procedurefout heeft gemaakt door Consument niet naar de orderlijn of internet-bankieren te verwijzen, en (door dit na te laten) bij Consument de schijn te wekken dat hij wederom van een adviesrelatie kon uitgaan, geen doel treffen.

4.5 Hoewel de Commissie zich goed voor kan stellen dat Consument en diens echtgenote in de nasleep van het herseninfarct andere prioriteiten en aandachts-punten hadden dan de beleggingsportefeuille, bleef het hun verantwoordelijkheid om Aangeslotene duidelijk te maken dat 'execution only' niet langer een voor Consument geschikte vorm van dienstverlening was. Na gemotiveerde betwisting van de kant van Aangeslotene heeft Consument evenwel onvoldoende aangevoerd om te kunnen vaststellen dat Aangeslotene moet hebben bemerkt dat Consument vanaf een bepaald moment niet langer in staat was om zijn beleggingsbeslissingen zonder advies te nemen en de gevolgen ervan te overzien. Dit brengt mee dat Consument zelf verantwoordelijk blijft voor de geleden verliezen in de portefeuille. De Commissie is dan ook van oordeel dat er geen grondslag is om de vordering van Consument toe te wijzen.

4.6 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.

KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

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.