KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 227
d.d. 23 september 2011
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en R.H.G. Mijné, leden)

Samenvatting

Na tot ontvankelijkheid te hebben beslist, oordeelt de Commissie dat van Consument mocht worden verwacht dat hij (voor ondertekening) de overeenkomsten tot advies en beheer en bijlagen zorgvuldig had gelezen. Nu hij dit heeft nagelaten, dienen de gevolgen daarvan voor rekening van Consument te blijven. Voorts is van belang dat sprake is van een advies-portefeuille, waardoor dient te gelden dat de verantwoordelijkheid voor de beleggings-beslissingen bij Consument blijft rusten.

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 met bijlagen van 23 oktober 2009;
- het door Consument ingevulde vragenformulier ontvangen op 28 oktober 2009;
- de door Consument ingevulde verklaring ontvangen op 9 november 2009;
- het verweer van Aangeslotene van 25 mei 2010;
- de repliek van Consument van 15 juni 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 25 juni 2010;
- de naar aanleiding van het ter zitting door de Commissie gedane verzoek door Aangeslotene bij brief van 11 november 2010 overgelegde stukken;
- de brief van de gemachtigde van Consument met bijlagen van 13 december 2010.

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 op 10 november 2010.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument heeft in juni 2006 met Aangeslotene drie beleggingsovereenkomsten afgesloten. Om uitvoering te geven aan deze beleggingsovereenkomsten zijn voor Consument bij een bank drie beleggingsrekeningen geopend. Twee ervan betreffen rekeningen op naam van de BV van Consument (hierna te noemen: Rekening I en Rekening II) en één betreft een rekening in zijn hoedanigheid van privépersoon (hierna te noemen: de privérekening).
Op Rekening I, waarvan het rekeningnummer eindigt op 151, is een adviesovereenkomst van toepassing waaraan een dynamisch beleggingsprofiel is gekoppeld. Bij de opening van deze rekening heeft Consument een reeds aan hem toebehorende portefeuille overgeboekt die destijds een waarde van € 737.123 vertegenwoordigde. Zakelijke waarden maakten voor 71% deel uit van deze portefeuille en vastrentende waarden 27%.
Op Rekening II, waarvan het rekeningnummer eindigt op 152, is een beheerovereenkomst van toepassing waaraan eveneens een dynamisch beleggingsprofiel is gekoppeld. Consument heeft hier bij aanvang een bedrag van € 100.000 op gestort.
Op de privérekening, waarvan het rekeningnummer eindigt op 153, tenslotte is een adviesovereenkomst van toepassing waaraan een neutraal beleggingsprofiel is gekoppeld. Evenals bij Rekening I heeft Consument bij de opening ervan een bestaande portefeuille overgeboekt, welke in dit geval een waarde van € 79.770 vertegenwoordigde.

2.2 In een door Consument ingevulde vragenlijst getiteld "cliëntprofiel" waarop vermeld is dat deze als bijlage 1 behoort tot de overeenkomst tussen Aangeslotene en Consument in zijn hoedanigheid als privépersoon, althans zijn naam is erop weergegeven en niet die van zijn B.V., is onder meer en voor zover hier van belang opgenomen:
"12. Op basis van historische gegevens zijn de risico's en groeikansen per beleggingsprofiel in onderstaand figuur schematisch weergegeven. U krijgt hiermee een goed overzicht welke mogelijkheden een beleggingsstrategie biedt. Welke strategie spreekt u het meeste aan?"
Waarna 5 strategieën staan vermeld, met elk een doelrendement op jaarbasis:
Defensief (4%), Behoudend (6%), Neutraal (8%), Dynamisch (10%) en Offensief (12%).
Consument heeft het keuzevakje bij "Dynamisch" aangevinkt.

2.3 Voor de bank bij welke de rekeningen worden aangehouden heeft Consument een verklaring ondertekend waarin het volgende staat:
"Ondergetekende, gevestigd te (X), rechtsgeldig vertegenwoordigd door (Consument), hierna te noemen: "de Vennootschap", verklaart hierbij tegenover (Bank) gevestigd te (Y), hierna te noemen: "Bank", dat het vermogen dat wordt aangehouden op rekeningnummer (…)151 bij (Bank) niet bestemd is voor de verwezenlijking van '…een en ander door middel van pensioen krachtens een pensioenregeling…'."

2.4 Partijen hebben veelvuldig contact gehad, zowel telefonisch als per e-mail. Tevens zijn er enkele malen gesprekken in persoon geweest.

2.5 Tussen eind 2006 en het voorjaar van 2007 heeft Consument door verkoop van aandelen het percentage aandelen op Rekening I teruggebracht. Daarvoor in de plaats heeft Consument de Lehman Brothers Steepener Var% 2005-2035 (hierna te noemen LB Steepener) en enkele funds of hedgefunds (met name het Vermeer Low Volatility Fund, het Vermeer Mid Volatility Fund en Fairfield Sigma Ltd., hierna te noemen: Vermeer Low en Vermeer Mid fund en Fairfield) aangeschaft, waarna deze portefeuille voor ongeveer 45% uit deze producten bestaat.

2.6 In de zomer van 2008 heeft Consument Aangeslotene opdracht gegeven 25% van de belegging in Fairfield Sigma (welke oorspronkelijk € 201.500 bedroeg) uit de portefeuille van Rekening I liquideren. Het uit de verkoop verkregen bedrag is op 1 november 2008 op die rekening bijgeschreven. Begin november 2008 heeft Consument opdracht gegeven het restant van deze belegging te liquideren alsmede het geheel van de beide Vermeer Funds dat zich in het depot van Rekening I bevond. Fairfield Sigma is door fraude in de problemen geraakt en de Vermeer Funds zijn per 1 januari 2009 opgeheven en geliquideerd waardoor aan dit verzoek van Consument geen uitvoer is gegeven.

2.7 Op de privérekening is in juni 2008 een debetstand ontstaan door optie assignments. Aangeslotene heeft Consument de over dit bedrag verschuldigde debetrente vergoed middels een creditering van de rekening met € 147,15 op 14 oktober 2008.

2.8 Consument heeft zich in januari 2009 schriftelijk bij Aangeslotene beklaagd over de relaties.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, bestaande uit de verliezen in zijn drie portefeuilles, door hem begroot op een bedrag van ten minste € 128.885,--.

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

Er is sprake geweest van onzorgvuldig handelen door Aangeslotene die als beleggingsdeskundige haar zorgplicht niet goed uitgeoefend. Dit volgt uit:

1) het feit dat zij heeft nagelaten te handelen naar de ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten door Consument aan Aangeslotene nadrukkelijk gedane mededeling dat het vermogen uit de BV benodigd was voor zijn pensioenvoorziening. Gezien die doelstelling had er veiliger moeten worden belegd;

2) het feit dat zij de beleggingen in de adviesportefeuille, bij Rekening I, in de LB Steepener, Vermeer Low en Vermeer Mid funds en Fairfield onvoldoende heeft gespreid en niet in overeenstemming met het afgesproken beleggingsprofiel heeft belegd. Voorts waren zij niet snel liquide te maken en is Consument, de verstrekte informatie over bijvoorbeeld Fairfield betrof één pagina, niet adequaat door Aangeslotene voorgelicht. Consument is evenmin gewezen op de risico's van perpetuele obligaties en steepeners;

3) het feit dat zij als gevolg van te grote ingenomen optieposities een debetstand heeft laten ontstaan terwijl in de gesprekken voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomsten door Consument met nadruk gesteld dat deze niet voor dienden te komen op de rekeningen, noch op de zakelijke, noch op de privé.

3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.

4. Beoordeling

4.1 De Commissie heeft reeds ter zitting de door Aangeslotene opgeworpen formele verweren behandeld. Daartoe besprak zij allereerst het meest verstrekkende door Aangeslotene gevoerde verweer, namelijk dat Consument door de Commissie niet ontvankelijk diende te worden verklaard in zijn klacht, daar hij op grond van de in artikel 10.1 sub d van het Reglement van de Commissie opgenomen driemaandstermijn zijn klacht te laat bij de Commissie heeft aangeboden. De Commissie passeerde dit verweer. De gemachtigde van Consument heeft ter zitting verklaard de klacht tijdig – op vrijdag

23 oktober 2009, daarmee binnen drie maanden na de verzenddatum van het oordeel van de Ombudsman Financiële Dienstverlening van 27 juli 2009 – en aangetekend, doch zonder ontvangstbevestiging, aan de Commissie te hebben gezonden. Alhoewel de datumstempel van de administratie van het Kifid op de brief van de gemachtigde van Consument woensdag 28 oktober 2009 weergeeft, is niet met zekerheid vast te stellen op welke dag precies de post is binnengekomen bij het onderhavige instituut daar de envelop niet bewaard is gebleven. De veronderstelling van de gemachtigde van Consument dat de brief op maandag 26 oktober zal zijn aangeboden komt de Commissie niet onaannemelijk voor. Hoe dit ook zij, de Commissie is van oordeel dat een en ander, gezien het laagdrempelige karakter van de procedure, in dit geval niet ten koste mag gaan van Consument. Overigens vereist artikel 11.1 van het Reglement niet dat ook het *formulier* binnen drie maanden nadat het oordeel van de Ombudsman aan Consument ter kennis was gebracht, aan de Commissie wordt voorgelegd (zie ook GC 2010-114). De door Aangeslotene gesignaleerde discrepantie tussen de datum van het ontvangen van de klacht en het ontvangen van het klachtformulier is daarmee voldoende verklaard.

4.2 Verworpen werd ook het tweede formele verweer van Aangeslotene, dat Consument niet ontvankelijk is ten aanzien van klachten die niet eerst aan Aangeslotene en de Ombudsman Financiële Dienstverlening zijn voorgelegd. In lijn met hetgeen de Klachtencommissie DSI en ook de Commissie van Beroep (KCHB 6 juli 2003, nr. 52) reeds hebben beslist, ziet de Commissie – zie ook Geschillencommissie Kifid 2011/59 – geen beletsel om in haar beoordeling te betrekken de stellingen en nadere vorderingen die weliswaar tijdens de procedure bij de Commissie voor het eerst naar voren worden gebracht, maar die te beschouwen zijn als een aanvulling of uitbreiding van het reeds aan Aangeslotene en de Ombudsman voorgelegde geschil. In onderhavig geval is de verwevenheid tussen de advies- en beheerportefeuilles zodanig dat de Commissie zich gesterkt voelt in haar zienswijze dat een en ander als één klacht dient te worden aangemerkt. Strijd met de beginselen van een goede procesorde kan reden zijn om nieuwe stellingen over de omvang of de gronden van een klacht buiten beschouwing te laten, met name indien Aangeslotene daardoor wordt beroofd van een mogelijkheid zich naar behoren te verweren, maar van dit laatste is niet gebleken nu Aangeslotene bij zowel bij haar verweer als bij haar dupliek de gelegenheid heeft gehad te reageren op de desbetreffende onderdelen van de klacht, en die gelegenheid ook heeft benut. Aldus heeft de Commissie ter zitting beslist dat er geen formeel beletsel is Consument in dezen ontvankelijk te verklaren en over te gaan tot behandeling van de inhoud van het geschil.

4.3 Consument beklaagt zich ten eerste over het feit dat Aangeslotene niet heeft onderkend dat de op naam van de BV gestelde Rekeningen I en II zijn oudedagsvoorziening betroffen en er voor deze portefeuilles een pensioendoelstelling had dienen te gelden. Daartegen heeft Aangeslotene als verweer aangevoerd dat haar die pensioendoelstelling niet bekend was. De Commissie overweegt dat het voor een belegger als Consument belangrijk is om te beseffen dat de overeenkomsten en de daarbij behorende bijlagen met de beleggingsdoelstellingen de vastlegging vormen van de gemaakte afspraken met Aangeslotene. Dit betekent dat van hem mag worden verwacht dat hij (voor ondertekening) de documenten zorgvuldig leest. Het is vaste jurisprudentie – zie ook KCD 02-15 - dat, behoudens duidelijke indicatie van afwijkende afspraken, de vastgelegde afspraken als uitgangspunt zullen dienen voor de beoordeling van de uitvoering, nog daargelaten of dit in de vorm van advies of beheer geschiedt. De Commissie stelt vast dat Consument zowel de overeenkomsten als de bijlage betreffende het profiel voor beide rekeningen getekend heeft. In die profielen is opgenomen dat als doelstelling vermogensgroei geldt en voorts dat Consument zich bereid verklaart een gemiddeld tot hoog risico te lopen. Noch uit voornoemde overeenkomsten en bijlagen, noch uit de overige door partijen aan haar ter beschikking gestelde stukken, kan de Commissie afleiden dat er een ander dan het nu vastgelegde beleggingsdoel – vermogensgroei – als uitgangspunt van de relatie tussen partijen had te gelden. Evenmin heeft de Commissie een aanwijzing kunnen vinden voor de stelling van Consument dat het vermogen defensief met behoud van kapitaal diende te worden belegd.

Het had naar het oordeel van de Commissie op de weg van Consument gelegen de pensioendoelstelling bij het afsluiten van de overeenkomsten te laten vastleggen of, nu hij die doelstelling niet in de (bijlagen van de) overeenkomsten terugvond, bij Aangeslotene te protesteren tegen het ontbreken ervan dan wel, indien hij later anders was gaan denken over zijn uitgangspunten, daarover tijdens de relatie met haar in overleg te treden. Nu hij dit heeft nagelaten, dienen de gevolgen daarvan voor rekening van Consument te blijven. Op grond van het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene niet tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens Consument.

4.4 De klacht van Consument over de – beweerdelijk in strijd met afspraken – ontstane debetstand op Rekening III deelt het bovenstaande lot. Dergelijke specifieke afspraken behoren, zoals hiervoor overwogen, schriftelijk te worden vastgelegd bij ontbreken waarvan Consument dient te reclameren. Door dit te hebben nagelaten kan Consument zich niet alsnog beroepen op een tekortkoming zijdens Aangeslotene. Een coulancevergoeding als welke door Aangeslotene is overgemaakt maakt haar overigens, in tegenstelling tot het namens Consument gestelde, nog niet schuldig aan het ontstaan van de debetstanden.

4.5 Ten aanzien van de klacht van Consument over de voor Rekening I gedane beleggingen, merkt de Commissie op dat deze in het verlengde ligt van zijn onder 4.3 behandelde klacht over de doelstelling van deze rekening. Voorts is van belang dat sprake is van een adviesportefeuille, waardoor dient te gelden dat de verantwoordelijkheid voor de beleggingsbeslissingen bij Consument blijft rusten. Dit is slechts anders indien er sprake geweest is van een advies van Aangeslotene dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam beleggingsadviseur gegeven de omstandigheden niet had mogen geven. Daarvan kan echter met de vastgelegde doelstelling en het dynamische profiel waarbij Aangeslotene niet heeft geadviseerd te beleggen in producten die conform de overeenkomst waren uitgesloten en Aangeslotene bovendien binnen de besproken bandbreedtes geadviseerd heeft en voorts ten opzichte van de ingebrachte portefeuille een defensievere opbouw heeft voorgesteld dan deze kende ten tijde van het aangaan van de relatie, geen sprake zijn.

Dat er een concentratie in een te beperkt aantal fondsen plaats zou hebben gevonden, leidend tot onvoldoende spreiding, is door Aangeslotene gemotiveerd betwist en daarmee evenmin komen vast te staan. Dit laatste geldt evenzeer voor de stelling van Consument dat hij onvoldoende geïnformeerd zou zijn over de risico's en eigenschappen van de gekozen beleggingen. De fraude inzake Fairfield en de liquidatie van de Vermeer fondsen tenslotte vormen marktontwikkelingen die Aangeslotene in redelijkheid niet kunnen worden tegengeworpen en waarbij Consument het tegenpartijrisico dat zich heeft verwezenlijkt dient te dragen. Aldus kan Aangeslotene niet verweten worden niet als redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur te hebben gehandeld.

4.6 Enige andere door partijen ingenomen stellingen, hun reacties naar aanleiding van de na de zitting overgelegde informatie - waaruit gebleken is dat tussen partijen onder meer in geschil is of het onder 2.2 genoemde cliëntprofiel ziet op de privérekening of op de BV rekeningen van Consument - incluis, kunnen niet tot een andere beoordeling leiden.

4.7 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

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.