Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 246
d.d. 10 oktober 2011
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, de heer G.J.P. Okkema en prof. drs. A.D. Bac RA, leden, mevrouw mr. J. Hardenberg, secretaris)

Samenvatting

Adviesrelatie. Erfgenamen.
De Commissie heeft vastgesteld dat de beleggingsportefeuille van erflater, die grotendeels op advies van Aangeslotene is samengesteld, afweek van zijn beleggingsprofiel. Van omstandigheden die deze afwijking rechtvaardigen is de Commissie niet gebleken.
Ook na het overlijden van erflater heeft Aangeslotene niet gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. Hoewel daar alle reden toe was, heeft Aangeslotene na het overlijden van erflater de beleggingsportefeuille, de onevenwichtige samenstelling daarvan en de daaraan verbonden risico's niet besproken met de erfgenamen.
Deze tekortkomingen kunnen aan Aangeslotene worden toegerekend, zodat zij voor de schade die in causaal verband daarmee staat vergoedingsplichtig is.
Er is ook sprake van eigen schuld van zowel de erflater als de erfgenamen. Omdat de schade niet eenvoudig vast te stellen is, begroot de Commissie deze naar billijkheid.

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 op 25 november 2009;
- de aanvulling op het verzoek d.d. 28 februari 2010;
- een verklaring van erfrecht en een machtiging van de erfgenamen, ontvangen op 9 juni 2010;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 18 augustus 2010;
- de repliek van Consument d.d. 13 september 2010;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 23 november 2010;
- ter hoorzitting overgelegde stukken.

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 27 april 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 [A] is door de erfgenamen van wijlen [B] (hierna: erflater) gemachtigd om in deze procedure namens hen op te treden. De erflater is op 9 april 2007 overleden (93 jaar).

2.2 Erflater belegde sinds 1994 bij Aangeslotene. Op 18 februari 2002 heeft hij een overeenkomst effectendienstverlening ondertekend en op 19 december 2002 werd zijn beleggingsprofiel vastgesteld op 'defensief'. In oktober 2006 is dit profiel gewijzigd in "voorzichtig". Tussen Aangeslotene en erflater bestond een adviesrelatie.

2.3 Na het overlijden van erflater heeft Aangeslotene de tenaamstelling van ondermeer de beleggingsrekening van erflater gewijzigd in "de erven van". Tevens heeft zij op 9 en 12 april 2007 portefeuilleoverzichten verstrekt.

2.4 Uit de op 14 mei 2007 door de notaris opgemaakte verklaring van erfrecht blijkt dat [C] bij uitsluiting van ieder ander, zelfstandig bevoegd is verklaard te beschikken over de goederen die behoren tot de nalatenschap van erflater.

2.5 Op of omstreeks 12 juli 2007 heeft Aangeslotene op verzoek van [C] de effectenportefeuille van erflater overgeboekt naar een nieuw bij haar ten name van [C] geopend effectendepot. Tussen [C] en Aangeslotene bestond vanaf dat moment een execution only-relatie. Het beleggingsprofiel van [C], dat aan de hand van de antwoorden van [C] op het door hem op 4 juli 2007 ingevulde vragenformulier in eerste instantie op "zeer offensief" werd gesteld, is op 12 juli 2007 aangepast naar "neutraal".

3 Geschil

3.1 In de beleggingsportefeuille van erflater bevonden zich complexe producten (met name langlopende en perpetuele obligaties). De erfgenamen vorderen vergoeding van het koersverlies dat na het overlijden van erflater op die complexe producten is geleden. Deze schade bedroeg per 5 december 2007 (na ontvangst van de eerste zorgplichtstaat) een bedrag van € 13.618,09 en per 9 februari 2009 (op het moment dat de erfenis geheel werd afgewikkeld) een bedrag van € 53.401,09.

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

- Aangeslotene heeft gehandeld in strijd met haar zorgplicht door erflater effecten te adviseren die niet pasten bij zijn beleggingsprofiel;
- Aangeslotene heeft na overlijden van erflater het beleggingsprofiel, zonder overleg, gewijzigd in "neutraal".

3.2 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 erflater en Aangeslotene heeft een adviesrelatie bestaan. De Commissie stelt voorop dat de verantwoordelijkheid voor de samenstelling van de beleggingsportefeuille

en de beslissingen tot aan- en verkoop van effecten in beginsel op erflater rustte. Met betrekking tot een adviesrelatie kan de Commissie slechts onderzoeken of bepaalde adviezen door een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur gegeven hadden mogen worden. Daarbij is met name van belang of de beleggingsadviseur zijn advisering heeft afgestemd op hetgeen hem bekend was of bekend behoorde te zijn omtrent de doelstellingen en het beleggingsprofiel van de belegger. Ook is de informatieverstrekking van belang. De Commissie heeft vastgesteld dat de beleggingsportefeuille van erflater, die grotendeels op advies van Aangeslotene is samengesteld, afweek van zijn beleggingsprofiel: de portefeuille was te offensief ingericht. Naast een belang in aandelen bestond de portefeuille uit obligaties die voor het merendeel betrekking hadden op perpetuele leningen. De specifieke eigenschappen van deze producten brengen mee dat de belegger risico's loopt die onder bepaalde omstandigheden niet onderdoen voor het risico dat is verbonden aan beleggingen in zakelijke waarden. Van omstandigheden die deze afwijking rechtvaardigen is de Commissie niet gebleken. In zoverre moet worden aangenomen dat Aangeslotene een verwijt treft.

4.2 De Commissie heeft vastgesteld dat Aangeslotene ook na het overlijden van erflater niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. Hoewel daar alle reden toe was, heeft Aangeslotene na het overlijden van erflater de beleggingsportefeuille, de onevenwichtige samenstelling daarvan en de daaraan verbonden risico's niet besproken met de erfgenamen, althans met [C], die blijkens de verklaring van erfrecht d.d. 14 mei 2007 bij uitsluiting van ieder ander, zelfstandig bevoegd was te beschikken over de goederen die behoren tot de nalatenschap van erflater. Een zodanig gesprek heeft ook niet plaatsgevonden toen op 12 juli 2007 werd overgegaan tot overboeking van de beleggingsportefeuille van erflater naar een nieuw bij Aangeslotene ten name van [C] geopend effectendepot.

4.3 De Commissie stelt vast dat de onder alinea 4.1 en 4.2 omschreven tekortkomingen aan Aangeslotene toegerekend kunnen worden, zodat Aangeslotene voor de schade die in causaal verband daarmee staat in principe vergoedingsplichtig is. Die schade is evenwel niet eenvoudig vast te stellen.

Het volledige koersverlies op de door de erfgenamen als complex bestempelde producten kan om meerdere redenen niet als schade worden aangemerkt. Zo hebben gedurende de looptijd van de desbetreffende obligaties rente-uitkeringen plaatsgevonden, was er ten tijde van het overlijden van erflater geen of nauwelijks sprake van koersverlies, kenmerken niet alle producten waarop de erfgenamen de vordering hebben gebaseerd als complex en is de beleggingsrelatie vanaf 12 juli 2007 gewijzigd van een adviesrelatie in een execution only-relatie. Dit laatste is van invloed op de mate van zorgplicht van Aangeslotene.

Verder rust op zowel erflater als de erfgenamen, althans [C], een eigen verantwoordelijkheid om nadere informatie in te winnen bij Aangeslotene indien sprake

is van onduidelijkheden en eventueel maatregelen te treffen. Het is de Commissie niet gebleken dat erflater deze eigen verantwoordelijkheid in acht heeft genomen.
Voor de erfgenamen geldt hetzelfde. De erfgenamen hebben daaromtrent toegelicht dat zij na het overlijden van erflater geen contact met Aangeslotene hebben opgenomen omdat zij geen reden hadden om te vermoeden dat de beleggingsportefeuille van erflater afweek van zijn beleggingsprofiel. Zij zijn in eerste instantie afgegaan op de uitlatingen van erflater bij leven dat zijn portefeuille was ingericht overeenkomstig zijn beleggingsprofiel en bestond uit "veilige obligaties". De Commissie meent evenwel dat erfgenamen op het moment dat zij zich realiseerden dat de beleggingsportefeuille minder risicoloos was dan gedacht, tot nader onderzoek hadden moeten overgaan. Dit moment stelt de Commissie op 5 december 2007. De erfgenamen hebben de ontvangst van de op deze datum verstrekte zorgplichtstaat bevestigd, zodat vaststaat dat zij vanaf die datum op de hoogte waren van de in de beleggingsportefeuille opgetreden koersdalingen en daarmee van de aanwezigheid van risico. Dat de erfgenamen op dat moment niet zijn overgegaan tot het treffen van maatregelen, kan Aangeslotene niet worden verweten. Het koersverlies dat is ontstaan na deze datum dient derhalve voor rekening van erfgenamen te blijven.
Op basis van deze omstandigheden en bij gebreke van een mogelijkheid om het aan Aangeslotene toe te rekenen deel van de schade meer nauwkeurig vast te stellen, begroot de Commissie de door Aangeslotene te vergoeden schade naar billijkheid op € 5.000.

4.5 Het meer of anders gevorderde moet worden afgewezen. Alle overige door partijen ingenomen stellingen kunnen niet tot een andere beoordeling van de zaak leiden, zodat zij geen bespreking behoeven.

4.6 Nu Consument deels in het gelijk wordt gesteld dient Aangeslotene de door Consument in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50 te vergoeden.

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies, dat Aangeslotene binnen een termijn van twee weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan de erfgenamen van erflater vergoedt een bedrag van € 5.000 te vermeerderen met de eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht, zijnde 50. Het meer of anders gevorderde 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.