KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-76 d.d. 8 maart 2012
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, H. Mik RA, J.C. Buiter, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

Beleggingsadviesrelatie.
Niet is komen vast te staan dat Consument aan Aangeslotene opdracht tot verkoop van zijn portefeuilles heeft verstrekt. Consument heeft voorts gesteld dat zijn adviseur hem onjuist heeft geadviseerd door verkoop van de portefeuilles te ontraden. De Commissie stelt vast dat de samenstelling van de portefeuille paste bij zijn risicoprofiel (offensief), zodat moet worden aangenomen dat op grond daarvan geen aanleiding voor Aangeslotene heeft bestaan hem aldus te adviseren. Consument heeft ervoor gekozen het advies van Aangeslotene te volgen. De consequenties van die keuze moet Consument zelf dragen.

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 brieven van Consument van 15 juli 2010 en 19 augustus 2010;
- het door Consument ingevulde vragenformulier en de door hem ingevulde verklaring ontvangen 27 juli 2010;
- het verweer van Aangeslotene van 21 oktober 2010;
- de repliek van Consument van 10 november 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 8 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 18 mei 2011. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Na zijn pensionering in 2001 heeft Consument bij een bancaire instelling de opbrengst van de verkoop van zijn kantoorpand in beheer gegeven. Nadat deze relatie is beëindigd, zijn tussen Consument en Aangeslotene, na de ondertekening van twee daartoe strekkende overeenkomsten van 19 maart 2003, beleggingsrelaties op basis van advies tot stand gekomen. Daarbij is het doelrisicoprofiel voor zowel zijn privéportefeuille als voor zijn Holding maatschappij (hierna te noemen: Holding) vastgesteld op zeer offensief. Het totaal te beleggen vermogen bedroeg bij aanvang van de relaties circa € 850.000. De

portefeuilleopbouw is na overdracht van zijn portefeuille nagenoeg gelijk gebleven aan de inrichting zoals deze in de beheersituatie bij de vorige bancaire instelling was. Aangeslotene heeft Consument periodiek portefeuilleanalyses toegezonden.

2.2 Met zijn vaste adviseur, een werknemer van Aangeslotene, heeft Consument geregeld contact gehad, onder meer op 26 juni 2007, 17 december 2007, 25 januari 2008 en 13 maart 2008. Consument heeft in augustus 2008 gesproken met een andere medewerker van Aangeslotene waarna een afspraak voor een gesprek met een vertegenwoordiger van de directie van Aangeslotene is gemaakt. Dat gesprek heeft in november 2008 plaatsgevonden. In december 2008 is voor de Holding de wijze van beleggen veranderd van advies naar execution only.

2.3 Op 19 januari 2009 heeft Consument schriftelijk bij Aangeslotene zijn beklag gedaan. In die brief staat onder meer en voor zover hier van belang:

"Op 26 juni 2007 heb ik (vaste adviseur) verzocht alle aandelen te verkopen, omdat ik intuitief het gevoel had dat gezien de 'vrij hoge koersen' op dat moment een koersval zou kunnen plaatshebben. Ofschoon ik heel sterk aandrong, bleef hij mij dit met grote stelligheid ontraden op grond van diverse informatie waarover hij wel en ik niet beschikte, zoals hij zei. Op 17 december 2007 heb ik hem wederom hetzelfde verzocht en nu met nog meer klem aangezien de koersen inmiddels een forse daling hadden ondergaan. Wederom bleef hij halsstarrig weigeren. Zoals U bekend had (vaste adviseur) grote kennis van zaken op dit terrein en gezien mijn relatie met (vaste adviseur) en op grond van zijn beweringen weer over betere informatie en inzichten te beschikken dan ik, ging ik uiteindelijk akkoord met zijn beslissing niet te verkopen. Hij zou mij wel onmiddellijk nader informeren wanneer hij het beter zou achten wel tot verkoop over te gaan. (…)
Op 13 februari 2008 waren de koersen inmiddels nog verder gedaald. Hij had het geen enkel moment nodig gevonden met mij contact op te nemen en zijn advies op 13 maart was: 'stil blijven zitten wanneer je geschoren wordt'. Mijn verwijt aan hem dat ik het dus toch kennelijk wel goed had gezien en ook mijn boosheid dat hij mij niet had gewaarschuwd - ondanks de afspraken hierover - , wees hij van de hand met de mededeling: zeer binnenkort staat alles weer op oude voet, wacht maar rustig af en hij wees weer op diverse interne informatie."

2.4 Op 19 februari 2009 heeft tussen partijen een gesprek plaatsgehad. Per brief van 24 maart 2009 brief heeft Aangeslotene gereageerd op de klacht van Consument die daarop bij brief van 1 april 2009 zijn beklag heeft gedaan bij het hoofdkantoor van Aangeslotene. Tot dat moment was het belegde vermogen van Consument met ruim een derde afgenomen.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, door hem begroot op een bedrag van € 293.296,87, waarvan € 162.680,87 in de privéportefeuille en € 130.619 in de Holdingportefeuille. De schade bestaat uit het verschil in waarde van de beleggingsportefeuilles tussen 17 december 2007 en 1 april 2009, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Aangeslotene heeft wanprestatie gepleegd door de opdrachten tot verkoop van de portefeuilles van Consument niet uit te voeren en hem daarover niet te informeren. Consument heeft deze opdrachten meerdere malen gegeven, namelijk in het gesprek van 26 juni 2007, tijdens het gesprek van 17 december 2007 en wederom op 25 januari 2008. Het verweer van Aangeslotene, dat Consument buiten zijn vaste adviseur om had kunnen verkopen, gaat voorbij aan het feit dat hem was toegezegd dat er zou worden verkocht, in ieder geval in december 2007. Daarnaast speelde de vertrouwensrelatie met de vaste adviseur een grote rol. Deze was niet alleen zijn aanspreekpunt voor de beleggingen maar ook voor zijn andere financiële zaken, waar Consument zich vrijwel volledig van onthield. Op het moment in 2008 dat Consument bemerkte dat verkoop niet had plaatsgevonden, was het koersverlies dermate hoog opgelopen dat verkoop niet erg meer voor de hand lag. Consument verwijt Aangeslotene voorts onzorgvuldig handelen door hem onjuist te hebben geadviseerd. Allereerst toen Consument op 26 juni 2007 zijn adviseur verzocht tot de verkoop van de totale effectenportefeuille over te gaan en de adviseur hem dringend adviseerde niet tot verkoop over te gaan. Daarnaast toen zijn adviseur hem op 13 maart 2008 bij de lage stand van de portefeuille wederom bewoog niet te verkopen. In redelijkheid kon en mocht het advies niet te verkopen niet worden gegeven.
Bovendien heeft Aangeslotene in strijd met de zorgplicht gehandeld vanwege de wijze waarop zowel de lokale bank als het hoofdkantoor met Consuments belangen zijn omgegaan. Zo is steeds de indruk gewekt dat het tot een redelijke oplossing zou komen. Daarnaast acht Consument het door Aangeslotene naar aanleiding van zijn klacht verrichte onderzoek onvoldoende. Voorts was zijn vaste adviseur na 13 maart 2008 niet meer bereikbaar en zijn de door Aangeslotene bijgehouden gespreksverslagen onjuist, onvolledig en zelfs vals. Een daarin voorkomend gesprek van 7 augustus 2008 heeft nooit plaatsgevonden, Consument was destijds in Frankrijk. De wel gevoerde gesprekken duurden meestal enige uren. Dan is een weergave van enkele regels erg summier. Verder geeft de gespreksnotitie van 26 juni 2007 op geen enkele wijze weer wat de inhoud van het gesprek was op die bewuste dag.
3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.
4.1 De Commissie stelt vast dat de feiten waarover Consument zich bij haar heeft beklaagd betrekking hebben op de periode waarin tussen partijen beleggingsrelaties bestonden op basis van advies. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger 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.
4.2 Partijen verschillen allereerst van standpunt over de vraag of Consument Aangeslotene opdracht(en) tot verkoop van de portefeuilles heeft verstrekt. Consument heeft gesteld dat hij Aangeslotene op meerdere momenten, namelijk op 26 juni 2006, 17 december 2006 en 25 januari 2007, opdracht heeft gegeven over te gaan tot verkoop van beide portefeuilles. Aangeslotene heeft dit betwist. Aangeslotene heeft onder meer aangevoerd dat Consument gebruik maakt van het door Aangeslotene aangeboden beleggingsconcept waarbij hij zelf verantwoordelijk is voor zijn beleggingsbeslissingen. Hij had derhalve, weliswaar in afwijking van het advies van haar adviseur, de opdracht tot verkoop van de portefeuilles kunnen doorzetten. Van een verkoopopdracht blijkt bijvoorbeeld uit het naar aanleiding van het gesprek van 25 januari 2007 opgemaakte verslag niet. Daarnaast heeft Aangeslotene verwezen naar de (onder 2.3 geciteerde) brief van Consument van 19 januari 2009 waaruit blijkt dat Consument akkoord is gegaan met het feit dat er geen volledige verkoop van de portefeuilles zou plaatsvinden, aldus Aangeslotene.
4.3 De Commissie constateert dat Aangeslotene hiermee de stellingen van Consument voldoende gemotiveerd heeft betwist. Ook constateert zij dat Consument, in reactie op deze betwisting, heeft herhaald dat hij wel degelijk opdracht tot verkoop heeft gegeven en dat Aangeslotene voorbij is gegaan aan het feit dat er tussen hem en de adviseur een speciale relatie bestond. Daarnaast heeft Consument de weergave van de gesprekken in de verslagen als onjuist bestempeld. Consument heeft echter geen stukken overgelegd die als bewijs van zijn stellingen kunnen dienen. Uit de door partijen aan de Commissie overgelegde stukken is een expliciete verkoopopdracht niet aannemelijk geworden. Evenmin acht de Commissie uit hetgeen mondeling ter zitting door partijen is toegelicht het gegeven zijn van een 'harde' verkoopopdracht waarschijnlijk, niettegenstaande de aannemelijkheid van een intentie tot verkoop. Tot die overtuiging draagt in belangrijke mate bij dat Consument niet heeft aangetoond dat hij kort nadat hij naar zijn stellingen een verkoopopdracht had gegeven, nadrukkelijk heeft geprotesteerd tegen het uitblijven van die verkoop. Gelet op deze omstandigheden is het, bij gebrek aan bewijs, niet komen vast te staan dat Consument opdrachten tot verkoop heeft verstrekt. De Commissie oordeelt dit onderdeel van de klacht dan ook ongegrond.
4.4 Het tweede onderdeel van de klacht, betreffende de onjuiste advisering van Consument door Aangeslotene, acht de Commissie eveneens ongegrond. Daartoe overweegt zij dat alhoewel tussen de adviseur van Aangeslotene en Consument - zoals door hem is gesteld en door Aangeslotene niet als zodanig is tegengesproken - een bijzondere verhouding bestond, dit niet geleid tot een andere aard van de relatie; deze bleef het karakter houden van een adviesrelatie. In het kader van deze adviesrelatie heeft de Commissie te beoordelen of Aangeslotene in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht.
4.5 Consument heeft gesteld dat zijn adviseur hem onjuist heeft geadviseerd door verkoop van de portefeuilles te ontraden. Aangeslotene heeft dit bestreden en opgeworpen dat haar medewerker mocht adviseren om niet beide portefeuilles in het geheel te verkopen. De persoonlijke omstandigheden van Consument gaven daar geen aanleiding toe. Voor de volledigheid heeft Aangeslotene nog opgemerkt dat de portefeuille goed gespreid was en

paste binnen het doelrisicoprofiel van Consument. Bovendien was destijds niet te voorzien dat er een grote financiële crisis aankwam. In elk geval beschikte Aangeslotene niet over dusdanige concrete informatie betreffende de vooruitzichten op de aandelenmarkten dat zij Consument niet had mogen adviseren de aandelenportefeuilles te behouden.

4.6 De essentie van het verwijt van Consument is dat Aangeslotene hem niet had mogen adviseren af te zien van verkoop, nu Consument goede redenen had om tot verkoop te willen overgaan, en de ontwikkelingen op de markt Consument gelijk hebben gegeven. Over dit verwijt overweegt de Commissie als volgt. De portefeuille van Consument voldeed op het moment van advisering aan het vastgestelde risicoprofiel (offensief). Er was geen sprake van omstandigheden die Aangeslotene aanleiding gaven tot wijziging van dat profiel - en daarmee van de portefeuille - over te gaan. Daardoor kwam het bij de advisering aan op de verwachtingen omtrent de marktontwikkelingen. Het is vaste rechtspraak van deze Commissie en haar voorgangers dat ook een professionele effecteninstelling de ontwikkelingen in de markt niet kan voorzien, laat staan dat zij ervoor verantwoordelijk kan worden gehouden. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur mag wel worden verwacht dat hij op de hoogte is van alle relevante markt- en overige ontwikkelingen en dat hij zijn advisering daarop afstemt. Niet gebleken is echter dat Aangeslotene in strijd met die laatste norm heeft gehandeld; zij schatte op basis van hetgeen toentertijd bekend was de marktontwikkeling anders in dan Consument. Dat achteraf is gebleken dat de markt zich negatiever heeft ontwikkeld dan Aangeslotene verwachtte, maakt niet dat haar advies in redelijkheid niet gegeven had mogen worden. Het stond Consument in de adviesrelatie met Aangeslotene vrij het advies al dan niet op te volgen. Niet gebleken is dat Aangeslotene bij Consument de indruk heeft gewekt dat het voor Consument niet mogelijk was een verkoopopdracht te geven als hij het advies van Aangeslotene niet wilde overnemen. Uiteindelijk heeft Consument ervoor gekozen het advies van Aangeslotene te volgen.
De consequenties van die keuze moet Consument zelf dragen.

4.7 Uit het voorgaande volgt eveneens dat Aangeslotene niet gehouden was Consument spontaan tot verkoop te adviseren. De vraag onder welke omstandigheden een verplichting tot spontane advisering bestaat, kan daardoor onbesproken blijven.

4.8 Inzake de klacht van Consument, dat Aangeslotene in strijd met de zorgplicht jegens hem heeft gehandeld, oordeelt de Commissie als volgt. Het verweer van Aangeslotene, dat de gebruikelijke procedure is gevolgd bij de klachtenbehandeling en er wel degelijk onderzoek is gedaan, acht de Commissie niet onaannemelijk. Het behoort overigens niet tot de taak van de Commissie te treden in de beoordeling van de wijze waarop Aangeslotene een dergelijk bedrijfsproces heeft ingericht. Indien Consument bij de klachtenbehandeling de indruk heeft gekregen dat Aangeslotene een regeling met hem zou treffen, is dat betreurenswaardig, maar Consument kan alleen rechten ontlenen aan een regeling die daadwerkelijk tot stand gekomen is. Dat het tot een regeling is gekomen, heeft Consument niet aangevoerd.

4.9 Wat de feitenvaststelling betreft, overweegt de Commissie dat het beter zou zijn geweest als Aangeslotene de – voormalige – vaste adviseur van Consument bij het vaststellen van de feiten en deze procedure zou hebben betrokken. Indien Consument

evenwel zou hebben gemeend dat deze adviseur zijn stellingen, in het bijzonder de stelling dat verkoopopdrachten zijn gegeven, had kunnen bevestigen, dan had hij gebruik kunnen maken van de voorzieningen om een verklaring van deze adviseur in het geding te brengen. Gelet op de gespreksverslagen, acht de Commissie overigens niet aannemelijk dat de voormalige adviseur zou hebben bevestigd dat van verkoopopdrachten sprake was.
Wat deze gespreksverslagen zelf betreft, merkt de Commissie op dat het hierbij gaat om interne stukken. Het zou weliswaar, ook voor de bewijswaarde van dergelijke stukken, beter zijn als een financieel dienstverlener als Aangeslotene dergelijke stukken aan cliënten zoals Consument voor akkoord zou versturen, maar Aangeslotene was en is daartoe niet verplicht. Met hetgeen Consument verder over de verslagen heeft aangevoerd, miskent Consument dat het op zijn weg lag zijn stelling - dat verkoopopdrachten zijn gegeven - te bewijzen of althans aannemelijk te maken. Van Aangeslotene kon slechts worden verwacht dat zij deze stelling afdoende gemotiveerd betwistte. Aan die verplichting heeft Aangeslotene voldaan, onder meer door het overleggen van de gespreksverslagen en het geven van een toelichting daarop. De beperkte omvang van deze verslagen doet daaraan niet af. De Commissie tekent daarbij aan dat de verslagen voor haar oordeel niet doorslaggevend zijn geweest, maar veeleer de omstandigheid dat Consument niet direct heeft geprotesteerd toen uitvoering van de naar zijn stellingen gegeven verkoopopdrachten uitbleef.
Dat Consument wel de intentie had te verkopen, en dat hij daarvan op aanraden van Aangeslotene heeft afgezien, is hiervoor al besproken. Al met al is de Commissie ook op deze punten niet gebleken dat Aangeslotene in strijd met de op haar rustende zorgplicht heeft gehandeld.

4.10 Enige overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen daarom onbesproken blijven.

4.11 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de klacht van Consument moet worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de klacht 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.