KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Tussenuitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-214 d.d. 18 juli 2012
(mr. J. Wortel, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en de heer G.J.P. Okkema, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

TUSSENUITSPRAAK

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 van 27 september 2010;
- de brief van 25 oktober 2010 waarin Consumenten bindend advies aanvaarden;
- het verweerschrift, niet gedateerd, ontvangen op 21 maart 2011;
- de repliek van 4 maart 2011;
- de dupliek, niet gedateerd, ontvangen op 19 mei 2011.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 16 november 2011. Daar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Consumenten beleggen sinds 1998 bij Aangeslotene. In 1998 hebben zij, na met Aangeslotene een hypothecaire leningsovereenkomst met een hoofdsom van € 393.500 te hebben afgesloten, een bedrag van ongeveer € 160.000 gestort op een beleggingsrekening bij Aangeslotene met nummer 20305540. De op deze rekening aangehouden effectenportefeuille zal hierna worden aangeduid als de 'eerste portefeuille'.
2.2 In haar brief aan Consumenten van 24 november 2000 heeft Aangeslotene geschreven:

> "(…) In ons adviesgesprek op 24 november 2000 hebben wij uw beleggingswensen en mogelijkheden in kaart gebracht. U heeft uw beleggingsdoelstelling als volgt omschreven: het geheel of gedeeltelijk aflossen van uw hypotheek. Daarnaast heeft u aangegeven wanneer u weer over uw belegging wilt beschikken, en welke mate van risico u accepteert. Op basis hiervan past het doelrisicoprofiel Zeer offensief het beste bij u. Meer informatie over onze doelrisicoprofielen vindt u in de brochure 'Beleggen bij Aangeslotene. (…)"

2.3 Vanaf 2002 hebben Consumenten ook op een andere effectenrekening bij Aangeslotene een portefeuille opgebouwd (hierna: de tweede portefeuille). In de loop van 2003 hebben zij in deze portefeuille spaargeld en beleggingen ondergebracht die tot dusver bij een andere bank waren aangehouden en een totale waarde hadden van ongeveer € 150.000. Voor deze portefeuille gold bij aanvang een defensief profiel; de beleggingen

waren geboekt op een rekening met nummer 0. Tot deze portefeuille behoorden onder meer X Obligaties met een aankoopsom van € 15.300 (hierna: de X's) en perpetuele obligaties Y met een aankoopsom van € 10.000 (hierna: de Y Perpetuals).

2.4 Op 1 oktober 2008 heeft Consument gesproken met A, een van zijn contactpersonen bij Aangeslotene, en heeft hij opdracht gegeven tot het samenvoegen van de portefeuilles. Van dit gesprek heeft Aangeslotene een verslag overgelegd:

> "Onderhoudsgesprek met Consument gehad. Consument is het beu, hij wil meer zekerheid in zijn portefeuilles hebben. Hij wil de producten goed bekijken en waar mogelijk verkopen om geld in een deposito te storten en te kijken naar andere rentedragende alternatieven. ER20305540, Cap work volgen we niet, bescheiden verlies, AAB eur high div, dividend is sigaar uit eigen doos + koersverlies, BGF EM Europe, overweging in EM, Fortis OBAM 1/2 verkocht ivm risico van belegging, 1/2 PB aandelen verkocht en 1/2 EM stars verkocht. Rest van portefeuille wordt overgeboekt naar ER25991450 zodat deze portefeuille opgeheven kan worden. (…)"

2.5 Op 29 oktober 2008 heeft Consument opdracht gegeven tot verkoop van de X's. De X's zijn vervolgens verkocht bij een koers van ongeveer 60%.

2.6 Bij brief aan Aangeslotene van 9 januari 2009 heeft Consument geklaagd over het feit dat als gevolg van 'onvoldoende advisering' door Aangeslotene de beleggingsdoelen, waaronder 'hypotheek-aflossing', niet werden gehaald.

2.7 Op 9 maart 2010 hebben Consumenten Aangeslotene verzocht de liquiditeiten en effecten in hun portefeuille, behalve de ledencertificaten, over te boeken naar een rekening bij een andere bank en het restant van de portefeuille om te zetten naar het bedieningsconcept Direct Beleggen. Aangeslotene heeft daarop de overboeking conform het verzoek uitgevoerd.

3. Geschil

3.1. Consumenten vorderen dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van schadevergoeding. Zij begroten hun schade op € 272.000, bestaande uit een verlies van € 250.000 op hun effectenportefeuilles, een verlies van € 20.000 op de beleggingen behorende bij hun pensioenverzekeringen en een bedrag van € 2.000 aan kosten.

3.2. Aan deze vordering leggen zij ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht. Aangeslotene heeft niet gewezen op het risico dat de afgesproken beleggingsdoelstellingen niet haalbaar waren en heeft voor de tweede portefeuille de aankoop van X Obligaties, Z's en obligaties Y geadviseerd, terwijl dit zeer risicovolle effecten zijn gebleken en dit strookt niet met het profiel van deze portefeuille. Verder heeft zij verzuimd de portefeuilles te bewaken en Consumenten tijdig te adviseren om uit te stappen, en weigert zij een mondelinge toezegging tot compenseren gestand te doen.

3.3 Aangeslotene heeft de stellingen van Consumenten gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Eerste klachtonderdeel: niet wijzen op risico's van offensief profiel

4.1 Partijen verschillen van standpunt over de aard van hun rechtsverhouding. Volgens Aangeslotene was dit een reguliere adviesrelatie, terwijl Consumenten stellen dat Aangeslotene hun portefeuilles diende te beheren en heeft toegezegd het neerwaartse risico te beperken door het voeren van een actief beleid. De Commissie constateert dat uit de stukken niet blijkt dat Aangeslotene op enig moment een eigen verantwoordelijkheid voor het beleggingsbeleid en/of de samenstelling van de beleggingsportefeuilles heeft aanvaard, terwijl evenmin blijkt dat Aangeslotene feitelijk zonder specifieke instructies effectentransacties ten behoeve van Consumenten heeft uitgevoerd. Ook voor het overige wijzen de overgelegde stukken veeleer erop dat de effectentransacties op instructie van Consumenten werden verricht. Gelet daarop moet het ervoor worden gehouden dat tussen partijen een adviesrelatie heeft bestaan.

4.2 Het handelen van Aangeslotene moet daarom worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven die voor een adviesrelatie gelden. Daarbij stelt de Commissie voorop dat de belegger in een adviesrelatie zelf beslist over het al dan niet uitvoeren van transacties en in beginsel verantwoordelijk is voor de gevolgen daarvan. Dit kan slechts anders zijn als vast komt te staan dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. Of het handelen van Aangeslotene aan deze maatstaf heeft voldaan, is afhankelijk van verschillende omstandigheden, zoals de beleggingsdoelstelling en het beleggingsprofiel van Consumenten en de weging van de verschillende vermogenswaarden in hun portefeuilles.

4.3 Partijen verschillen ook van standpunt over de doelstelling van de eerste portefeuille. Consumenten stellen dat deze portefeuille werd aangehouden met het oog op aflossing van hun hypothecaire lening. In reactie op de stelling van Aangeslotene dat de inkomsten uit deze portefeuille werden gebruikt voor 'renteaflossing', hebben zij verwezen naar de brief van 24 november 2000, waarin de beleggingsdoelstelling van Consumenten is omschreven als 'het geheel of gedeeltelijk aflossen van uw hypotheek' (zie overweging 2.2 hierboven). Aangeslotene heeft daarop alleen gesteld dat deze brief er niet op wijst dat zij als doelstelling hadden de hypotheekschuld *ruim* te kunnen aflossen; zij heeft echter niet langer betwist dat de doelstelling gelegen was in het aflossen van de hypotheekschuld, zodat dit is komen vast te staan.

4.4 Ten aanzien van de eerste portefeuille vorderen Consumenten schadevergoeding op de grond dat deze portefeuille te offensief is ingericht. Zij stellen dat zij deze portefeuille aanhielden om op enig moment de hypothecaire lening te kunnen aflossen; gelet daarop had Aangeslotene volgens Consumenten erop behoren te wijzen dat het belegde bedrag aanzienlijk in waarde kon dalen, waardoor de aflossing in gevaar zou komen.

4.5 De Commissie constateert dat partijen nauwelijks specifieke feiten stellen en stukken overleggen die een beeld geven van de inrichting van de eerste portefeuille voor 2003. Tussen hen is echter niet in geschil dat reeds voor 2003 een aanzienlijk verlies is geleden en dat de portefeuille in elk geval vanaf 2003 offensief was ingericht; ook heeft Aangeslotene niet weersproken dat in 2003 overleg heeft plaatsgevonden tussen Consumenten en Aangeslotene, waarin onder meer is gesproken over de inrichting van de eerste portefeuille en het overbrengen van de overige beleggingen en spaargelden naar een rekening bij

Aangeslotene. Naar het oordeel van de Commissie had Aangeslotene onder die omstandigheden – mogelijk reeds eerder, maar in ieder geval in de loop van 2003 – behoren te wijzen op het feit dat het resultaat van een offensieve portefeuille aanzienlijk kan fluctueren en dat daardoor het beleggingsdoel, de aflossing van de hypotheekschuld, mogelijk maar zeer gedeeltelijk zou worden bereikt; Aangeslotene had Consumenten daarbij in overweging dienen te geven dat zij de portefeuille ook volgens een minder offensief profiel konden inrichten en mogelijk ook andere (spaar)gelden en beleggingen konden aanwenden om te zijner tijd de hypotheekschuld te kunnen aflossen. Aangeslotene heeft niet gesteld dat zij dit destijds aan Consumenten heeft medegedeeld, terwijl dit evenmin uit de overgelegde stukken blijkt. Gelet daarop moet worden aangenomen dat zij dit heeft nagelaten en daarmee toerekenbaar is tekortgeschoten.

4.6 Dat Aangeslotene is tekortgeschoten betekent nog niet dat zij schade moet vergoeden. Een verplichting tot schadevergoeding kan pas ontstaan wanneer voldoende aannemelijk is dat Consumenten een andere beleggingsbeslissing zouden hebben genomen als zij naar behoren waren voorgelicht over de risico's van offensief beleggen in het licht van de beoogde aflossing van hun hypothecaire lening. De Commissie acht aannemelijk dat Consumenten in dat geval zouden hebben besloten de eerste portefeuille defensiever in te richten en een assetallocatie zouden hebben gekozen die min of meer gelijk was aan die van de tweede portefeuille.

4.7 Dit brengt mee dat de schade kan worden begroot door een vergelijking te maken tussen (a) het daadwerkelijke verlies dat vanaf 2003 op de eerste portefeuille is geleden en (b) het resultaat (winst of verlies) dat op deze portefeuille zou zijn behaald in de hypothetische situatie dat deze vanaf 2003 zou zijn ingericht volgens de assetallocatie van de tweede portefeuille. De periode waarover deze bedragen worden berekend, begint op 31 december 2003, aangezien Consumenten niet de dag in 2003 hebben vermeld waarop zij door Aangeslotene zijn geadviseerd, zodat niet is gebleken dat Aangeslotene reeds voor 31 december 2003 jegens hen is tekortgeschoten. De einddatum van de periode van schadeberekening is 1 oktober 2008, de dag waarop Consument aan A mededeelde dat hij 'meer zekerheid in zijn portefeuilles wilde hebben' en opdracht gaf tot samenvoeging van de portefeuilles (zie overweging 2.4 hiervoor); uit deze mededeling van Consument leidt de Commissie af dat de risico's van de eerste portefeuille in ieder geval op dat moment aan Consumenten duidelijk waren geworden. De Commissie constateert evenwel dat zij de relevante bedragen niet kan afleiden uit de processtukken, zodat de schade nog niet kan worden begroot. Aangeslotene zal daarom worden verzocht opgave te doen van de volgende gegevens:

(a) de waarde van de eerste portefeuille op 31 december 2003 en op 1 oktober 2008;
(b) het verlies op de eerste portefeuille in de periode van 31 december 2003 tot 1 oktober 2008;
(c) de waarde van de tweede portefeuille op 31 december 2003 en op 1 oktober 2008;
(d) het resultaat (winst of verlies) op de tweede portefeuille in de periode van 31 december 2003 tot 1 oktober 2008; en
(e) een berekening van de geleden schade conform het bepaalde in overweging 4.7 hiervoor.

Overige klachtonderdelen

4.8 Consumenten stellen dat Aangeslotene is tekortgeschoten doordat zij heeft verzuimd de portefeuilles te bewaken en tijdig te adviseren om uit te stappen. De Commissie overweegt dat op een financiële onderneming in een adviesrelatie in het algemeen geen verplichting rust de belegger uit eigen beweging te adviseren, terwijl Aangeslotene het bestaan van een dergelijke verplichting heeft betwist en een dergelijke afspraak ook niet is af te leiden uit de overgelegde stukken. Op deze grond kan daarom geen schadevergoeding worden toegewezen. Het voorgaande wordt niet anders door de stelling van Consumenten dat Aangeslotene herhaaldelijk heeft geadviseerd 'af te wachten en niet uit te stappen', omdat deze stelling onvoldoende is onderbouwd; Consumenten lichten niet toe wanneer en ten aanzien van welke effecten dit is geadviseerd, zodat de Commissie de deugdelijkheid van dit advies niet kan beoordelen.

4.9 Ten aanzien van de tweede portefeuille wordt schadevergoeding gevorderd op de grond dat Aangeslotene de aankoop van de X's, de Y Perpetuals en Z's heeft geadviseerd, terwijl dit zeer risicovolle effecten zijn gebleken en voor deze portefeuille een defensief profiel gold. Voor de beoordeling van deze vordering acht de Commissie van belang dat de X's zijn gekocht voor een bedrag van ongeveer 10% van de waarde van deze portefeuille en dat door Aangeslotene onweersproken is gesteld dat de Y Perpetuals ten tijde van de overboeking in maart 2010 meer waard waren dan bij aankoop; voor het overige zijn door Consumenten geen specifieke feiten en omstandigheden gesteld waaruit blijkt voor welk bedrag de Z's zijn aangekocht en evenmin wat voor afspraken bij aanvang zijn gemaakt over het inrichten van deze portefeuille. Gelet daarop is naar het oordeel van de Commissie niet gebleken dat de tweede portefeuille voor een te groot gedeelte uit te risicovolle effecten heeft bestaan en dat Consumenten als gevolg daarvan schade hebben geleden.

4.10 Verder vorderen Consumenten vergoeding van het verlies op de beleggingen behorende bij hun pensioenverzekeringen; zij stellen dat Aangeslotene deze beleggingen is 'vergeten', terwijl zij had toegezegd ze door haar adviseurs te laten bewaken. Uit de stellingen van Consumenten en de overgelegde stukken blijkt echter niet in welke rol – verzekeraar of tussenpersoon – Aangeslotene ten aanzien van deze verzekeringen is opgetreden, terwijl Consumenten ook niet toelichten welke afspraken bij het aangaan van deze verzekeringen zijn gemaakt over het profiel van de beleggingen en door wie en op welke wijze een switch kon worden uitgevoerd. Bij gebrek aan voldoende onderbouwing komt deze schadepost dan ook niet voor vergoeding in aanmerking.

4.11 Ten slotte stellen Consumenten dat Aangeslotene een mondelinge toezegging tot compenseren, die volgens hen door de heer B is gedaan, dient na te komen. Aangeslotene heeft gemotiveerd betwist dat een dergelijke toezegging is gedaan, terwijl Consumenten deze stelling verder niet hebben onderbouwd en evenmin stukken hebben overgelegd die een begin van bewijs kunnen opleveren. Ook op deze grond kan de vordering niet worden toegewezen.

Slotoverwegingen

4.12 Zoals overwogen in 4.7 hiervoor, zal Aangeslotene worden verzocht opgave te doen van aanvullende gegevens en een schadeberekening over te leggen. Vervolgens zullen Consumenten binnen de hierna gestelde termijn daarop mogen reageren.

4.13 Alle overige beslissingen zullen worden aangehouden.

5. Beslissing

De Commissie bepaalt dat Aangeslotene binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze tussenuitspraak aan partijen is verstuurd, per gelijke post aan de Commissie en aan Consumenten aanvullende gegevens en een schadeberekening dient over te leggen, zoals omschreven in overweging 4.7 hiervoor.
De Commissie bepaalt voorts dat Consumenten, binnen vier weken na de dag waarop Aangeslotene de bedoelde aanvullende gegevens en schadeberekening heeft overgelegd, daarop schriftelijk zullen mogen reageren.
Alle overige beslissingen worden aangehouden.