Tussen- en einduitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening
nr. 2014-055 d.d. 4 februari 2014
(mr. C.E. du Perron en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

TUSSEN UITSPRAAK

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 inhoudende het verzoek tot geschilbeslechting, ontvangen 6 december 2010 met bijlagen, waaronder het door Consument ingevulde vragenformulier en de door hem ingevulde verklaring;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 21 december 2010;
- de brief met bijlagen van de gemachtigde van Consument van 11 oktober 2011inhoudende de aanvulling van de klacht;
- het verweer van Aangeslotene van 7 december 2011;
- de brieven van de gemachtigde van Consument van 19 januari en 14 februari 2012;
- de brief van Aangeslotene van 1 maart 2012 met bijlage;
- de faxberichten van de gemachtigde van Consument van 21 maart, 28 maart en 5 april 2012;
- het faxbericht van Aangeslotene van 27 april 2012;
- het faxbericht van de gemachtigde van Consument van 25 mei 2012.

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 vastgesteld dat het geschil zich leent voor een verkorte schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37.7 van haar Reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Tussen partijen bestaat sinds medio 2008 een beleggingsrelatie op basis van advies. Voorafgaand aan de totstandkoming van die relatie hebben partijen op verschillende momenten contact gehad, zowel telefonisch als in persoon. Zo heeft Consument op 12 juni 2008 thuis een medewerker van Aangeslotene op bezoek gehad. Tijdens dat gesprek heeft Consument een twee pagina's tellend document met algemene informatie over Equity Discount Certificaten (hierna te noemen: EDC's) gekregen.

2.2 Een door Aangeslotene opgemaakt gespreksverslag van 12 juni 2008 vermeldt het navolgende:
"(Consument) belde op omdat zijn broer al een keer een EDC op ING had gesloten en goed was afgelopen met een aantrekkelijk rendement. Hij heeft hem toen weer verlengd en (Consument) z'n belangstelling was ook gewekt. Uitgelegd hoe het werkt, gezegd dat hij op het einde van de looptijd de

aandelen ING kan krijgen als het aandeel onder de strikeprijs komt. Ook gezegd dat er geen hoge rente wordt vergoed zonder hoog risico. Maar met de discount op het aandeel ING en de kwaliteit van het aandeel (buy) is het risico acceptabel. Zijn belangstelling is gewekt. Maar hij was nog geen klant."

2.3 Op 11 september 2008 heeft Consument - na telefonisch advies - zijn beleggingsadviseur bij Aangeslotene de opdracht gegeven voor de aanschaf van een ING Groep NV-CVA Equity Discount Certificate (hierna te noemen: ING-EDC) met een nominale waarde van € 50.000. De transcriptie van dit telefoongesprek luidt voor zover hier van belang als volgt:

"(…)

Bank:	Ik heb gezien dat het geld is binnengekomen en ik heb net eh… met uw broer gesproken.. Want die van hem liep af gisteren. En die heb ik weer doorgezet drie maanden. Hij zei, bel mijn broer even, misschien wil hij die ook wel deze doen. En dat is een EDC op ING.
Consument:	Ja
(…)	
Bank:	Ja, zal ik het doen?
Consument:	Ja da's goed.
Bank:	En 10% op jaarbasis en 11 december bel ik gewoon weer op (…) ING wordt wel als heel positief beoordeeld
Consument:	Ja, absoluut, absoluut. Ehm…. Ja, het lijkt me prima. Even kijken, hoeveel maanden hebben we dan te gaan?
Bank:	Drie maanden. (…)"

2.4 Consument heeft op het ING-EDC een vaste couponrentevergoeding van 10% op jaarbasis ontvangen. Het ING-EDC had een looptijd van drie maanden en had als afloopdatum 16 december 2008. In die periode is de koers van het aandeel ING onder invloed van de kredietcrisis aanzienlijk gedaald. Op de afloopdatum is het ING- EDC geëindigd met een verlies van € 27.900,05. Partijen hebben in december 2008, na afloop van het ING-EDC, contact gehad waarna Consument op 9 februari 2009 schriftelijk een klacht heeft ingediend bij Aangeslotene over de aanschaf van dit instrument.

2.5 Consument heeft bij Aangeslotene nadien, op grond van de Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp), een lijst met contactmomenten tussen Aangeslotene en hemzelf opgevraagd en verkregen. Deze waren voor zover hier van belang als volgt:
- 12 juni 2008;
- 4 september 2008;
- 20 oktober 2008.

2.6 Voorts heeft Aangeslotene Consument een overzicht doen toekomen van de door haar verwerkte persoonsgegevens van Consument.

3 Geschil

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, door hem begroot op een bedrag van € 27.900,05, hetwelk bestaat uit het verlies geleden op het ING-EDC. Voorts vordert Consument vergoeding van de wettelijke rente en de gemaakte kosten bij het Kifid.

3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
Allereerst benadrukt Consument dat hij door Aangeslotene is benaderd om te praten over het doen van beleggingen via Aangeslotene.
Consument stelt dat er aan het gesprek van 11 september 2011, waarbij Consument Aangeslotene de opdracht heeft verstrekt het ING- EDC aan te schaffen, een telefoongesprek vooraf is gegaan. Tijdens dat eerdere gesprek heeft Consument Aangeslotene gevraagd of ING ook blootgesteld stond aan kredietrisico's op de Amerikaanse markt voor schuldpapier en hypotheken. Consument wilde namelijk zeker weten dat de koers van ING niet negatief beïnvloed zou worden doordat ING zelf als gevolg van de kredietcrisis in de problemen zou komen. In antwoord op die vraag heeft Aangeslotene hem verzekerd dat ING in dat opzicht geen kredietrisico liep waarna Consument het product heeft afgenomen.
Consument stelt zich op het standpunt dat hij bij een juiste voorlichting door Aangeslotene over zijn vraag over de mogelijke gevolgen van de kredietcrisis op ING hij het ING-EDC niet zou hebben afgenomen en hij het geld liquide zou hebben gehouden, ook omdat er geen tussentijdse verkoop mogelijkheid bestond. Het antwoord op zijn vraag of ING ook blootgesteld stond aan kredietcrisis risico's was voor Consument van doorslaggevend belang om het ING-EDC wel of niet aan te kopen.
Nadat Aangeslotene had ontkend dat de beleggingsadviseur tegen Consument zou hebben aangegeven dat ING niet werd blootgesteld aan kredietrisico's in Amerika heeft Consument getracht het bewuste gesprek boven tafel te krijgen. Daartoe heeft hij Aangeslotene verzocht om hem een overzicht van alle contactmomenten te verstrekken, alsmede transcripties te verstrekken van de gevoerde telefoongesprekken. Aangeslotene heeft volgens eigen zeggen geen telefoongesprek tussen haar beleggingsadviseur en Consument van voor het gevoerde telefoongesprek van 11 september 2008 weten te traceren. Ook heeft zij geen telefoongesprek tussen de beleggingsadviseur en Consument in december 2008 kunnen traceren. Consument vindt dit opvallend. Het niet traceren van de gevoerde telefoongesprekken betekent dat het in dit geschil lastig is vast te stellen wat er precies allemaal door de beleggingsadviseur aan Consument is meegedeeld.

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 stelt vast dat ten tijde van de advisering tussen partijen sprake was van een adviesrelatie. Uitgangspunt van een adviesrelatie is dat een belegger zelf het beleggingsbeleid bepaalt en verantwoordelijk is voor aan- en verkoopbeslissingen en voor de samenstelling van de effectenportefeuille. Binnen een dergelijke adviesrelatie is de aansprakelijkheid van de financiële instelling als Aangeslotene in beginsel beperkt tot (de gevolgen van) adviezen die een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur in redelijkheid niet had mogen geven. Daarbij stelt de Commissie voorop dat op een beleggingsadviseur de verplichting rust er zorg voor te dragen dat

zijn adviezen aansluiten bij de beleggingsdoelstellingen van de belegger, diens risicobereidheid en diens vermogen om risico's te dragen. Een belegger mag van zijn adviseur voorts verwachten dat deze hem volledig en inhoudelijk correct voorlicht en adviseert over de eigenschappen en risico's van de financiële instrumenten waarop de advisering betrekking heeft, opdat hij in staat wordt gesteld zijn beleggingsbeslissingen weloverwogen te nemen.

4.2 In onderhavig geval is de vraag aan de orde of de beleggingsadviseur van Aangeslotene Consument op adequate wijze heeft voorgelicht. Consument heeft dienaangaande gesteld dat de adviseur hem, voorafgaand aan de aanschaf van het ING-EDC, zou hebben verzekerd dat ING geen last zou hebben van de kredietcrisis. Voorts heeft hij gesteld dat hij bij een juiste voorstelling van zaken het ING-EDC niet zou hebben gekocht.
Daartegen heeft Aangeslotene zich verweerd door aan te voeren dat haar medewerker Consument niet heeft gezegd dat ING niet blootstaat aan kredietrisico's en voorts dat de aankoop van het ING-EDC op 11 september 2008 een bewuste keuze is geweest van Consument waarvoor hij zelf de volle verantwoordelijkheid draagt. Overigens merkt Aangeslotene nog op dat zij op basis van de informatie die Consument haar had verstrekt mocht concluderen dat bij hem een gematigd offensief risicoprofiel paste en er dus geen reden was Consument de aankoop van het ING-EDC te ontraden, aldus nog steeds Aangeslotene.

4.3 De Commissie merkt op dat het in een procedure als de onderhavige in beginsel aan Consument, als eisende partij, is om in voldoende mate aannemelijk te maken dat de gebeurtenissen waarop hij zich beroept ook als zodanig hebben plaatsgevonden. In dit geval heeft Consument gesteld dat hij bij de aanschaf van het ING-EDC heeft vertrouwd op de voorlichting door de beleggingsadviseur van Aangeslotene. Consument heeft een gemotiveerd verzoek aan de Commissie voorgelegd dat er op neerkomt zowel hem als de beleggingsadviseur op een zitting als getuige te doen horen ten einde verklaringen inzake die voorlichting te verkrijgen. Aangeslotene deelt die mening niet en heeft onder meer meegedeeld dat de betrokken adviseur niet meer bij haar in dienst is en dat er ook overigens gegronde redenen bestaan van privacygevoelige aard waardoor zij de adviseur niet wil vragen een verklaring af te leggen.

4.4 De Commissie overweegt dat Aangeslotene gemotiveerd verweer heeft gevoerd tegen de klacht en eveneens gemotiveerd heeft aangevoerd waarom zij de betrokken voormalige adviseur niet wil vragen een verklaring af te leggen. Zij heeft daarbij niet volstaan met het argument dat deze adviseur niet meer bij haar in dienst is. De verklaring van de voormalige adviseur is mogelijk essentieel voor de beoordeling van de klacht. De Commissie beschikt naar de wet en haar Reglement niet over de mogelijkheid een getuigenverklaring af te dwingen. Het zou in dat licht niet juist zijn de klacht van Consument ongegrond te verklaren bij gebrek aan bewijs. De Commissie zal Consument daarom in staat stellen zich door middel van een voorlopig getuigenverhoor bij de gewone rechter van de door hem verlangde verklaring of verklaringen te voorzien. Indien Consument van die mogelijkheid gebruik wil maken, zal de Commissie de behandeling aanhouden totdat bedoeld

getuigenverhoor binnen een redelijke termijn heeft plaatsgevonden. Indien Consument van die mogelijkheid geen gebruik wil maken, zal de Commissie de klacht alsnog bij gebrek aan bewijs ongegrond verklaren.

5. Beslissing

De Commissie:
verzoekt Consument haar binnen zes weken na deze uitspraak te laten weten of hij gebruik wil maken van de mogelijkheid de behandeling aan te houden in afwachting van een voorlopig getuigenverhoor bij de gewone rechter;
houdt iedere verdere beslissing aan.

UITSPRAAK

Samenvatting

In haar tussenuitspraak had de Commissie overwogen dat het in een procedure als de onderhavige in beginsel aan Consument, als eisende partij, is om in voldoende mate aannemelijk te maken dat de gebeurtenissen waarop hij zich beroept ook als zodanig hebben plaatsgevonden. Na Consument in de gelegenheid te hebben gesteld zich door middel van een voorlopig getuigenverhoor bij de gewone rechter van de door hem verlangde verklaring(en) te voorzien heeft de Commissie in haar einduitspraak vastgesteld dat uit de verklaring van de betreffende medewerker niet volgt dat deze Consument onjuist heeft geïnformeerd. Zij wijst de vordering van Consument dan ook af.

1. Procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de tussenuitspraak van 13 augustus 2012;
- het faxbericht van 24 september 2012 van Consument;
- het faxbericht van 25 september 2012 van Consument;
- de brief van 4 oktober 2013 van Consument met bijlagen;
- de brief van 28 oktober 2013 van Consument met bijlagen; en
- de brief van 20 november 2013 van Aangeslotene.

In vervolg op deze brieven heeft de secretaris aan partijen bericht dat de Commissie haar einduitspraak zal wijzen.

2. De verdere beoordeling

2.1 In de tussenuitspraak van 13 augustus 2012 heeft de Commissie overwogen dat het in een procedure als de onderhavige in beginsel aan Consument, als eisende partij, is om in voldoende mate aannemelijk te maken dat de gebeurtenissen waarop hij zich beroept ook als zodanig hebben plaatsgevonden. Consument stelde dat de als beleggingsadviseur optredende medewerker van Aangeslotene hem, voorafgaand aan

de aanschaf van het Equity Discount Certificate met als onderliggende waarde ING (hierna: het ING-EDC), zou hebben verzekerd dat ING geen last zou hebben van de kredietcrisis. De Commissie heeft voorts overwogen dat de verklaring van de destijds bij de advisering van Consument betrokken medewerker van Aangeslotene mogelijk essentieel zou kunnen zijn voor de beoordeling van de klacht. Daarbij heeft Commissie aangetekend dat zij naar de wet en haar Reglement niet over de mogelijkheid beschikt een getuigenverklaring af te dwingen. De Commissie heeft in dat licht geoordeeld dat het niet juist zou zijn de klacht van Consument ongegrond te verklaren bij gebrek aan bewijs en heeft Consument daarom in staat gesteld zich door middel van een voorlopig getuigenverhoor bij de gewone rechter van de door hem verlangde verklaring(en) te voorzien.

2.2 Bij brief van 25 september 2012 heeft Consument de Commissie bericht van de geboden mogelijkheid gebruik te willen maken. De Commissie heeft de behandeling aangehouden totdat haar bericht is dat bedoeld getuigenverhoor had plaatsgevonden. Uiteindelijk heeft het voorlopig getuigenverhoor op 22 augustus 2013 plaatsgehad. Daarvan is proces-verbaal opgemaakt hetwelk Consument op 4 oktober 2013 aan de Commissie heeft toegezonden. Nadien heeft Consument op 28 oktober 2013 een conclusie van enquête ingediend op welke Aangeslotene bij brief van 20 november 2013 heeft gereageerd.

2.3 Het hierboven genoemde proces-verbaal luidt, voor zover het de hier van belang zijnde verklaring van de betrokken medewerker betreft, als volgt:

"Ik kan mij geen telefoongesprekken met Consument over een EDC herinneren. Ik kan u wel vertellen hoe ik normaal in dat soort gesprekken te werk ging. Ik waarschuwde de klant altijd dat een hoge rente een hoog risico meebracht. (…) U vraagt mij of ik mij kan herinneren dat ik met Consument erover heb gesproken of ING een kredietcrisisrisico liep. Dat weet ik niet, maar toen, in 2008, schatte ik het kredietcrisisrisico heel anders in dan nu in 2013. (…) U houdt mij voor dat ik in december, of in ieder geval na afloop van de looptijd van het EDC, aan Consument heb gezegd dat ik destijds in september volledig vertrouwen had in ING. Ik kan me niet herinneren of ik dat gezegd heb, maar ik zou het zo gezegd kunnen hebben. Ik had geen glazen bol, maar het kan goed zijn dat ik heb gezegd dat een belegging in ING weinig risico's met zich bracht. Op dat moment zag ik dat ook zo."

2.4 In de conclusie van enquête van 28 oktober 2013 concludeert Consument dat hij er in is geslaagd te bewijzen dat het Aangeslotene was die hem heeft benaderd voor het doen van beleggingen, meer in het bijzonder het ING-EDC, waaruit voor hem grote verliezen zijn voortgevloeid. Consument acht het, gelet op de eerder aan de Commissie overgelegde stukken en hetgeen uit de verklaring van de betrokken medewerker volgt, bewezen dat die medewerker hem heeft aangegeven dat bij ING geen sprake was van het lopen van kredietcrisisrisico door ING. De betrokken medewerker heeft niet ontkend dat hij zich aldus over dat risico tegenover Consument heeft uitgelaten. Consument verzoekt de Commissie zijn klachten dan ook gegrond te verklaren en bij bindend advies vast te stellen dat Aangeslotene hem de geleden schade dient te vergoeden.

2.5 In haar reactie op voornoemde conclusie bij brief van 20 november 2013 heeft Aangeslotene onder meer geschreven dat uit de verklaring van haar (inmiddels voormalig) medewerker niet kan worden geconcludeerd dat hij heeft gezegd dat ING niet blootstond aan enig kredietcrisis risico. Uit zijn verklaring kan wel worden

geconcludeerd dat hij nimmer heeft uitgesproken dat er geen enkel risico verbonden zou kunnen zijn bij het aangaan van een ING-EDC. Daarmee heeft hij geen onjuiste informatie verstrekt aan Consument, aldus Aangeslotene.

2.6 De Commissie stelt vast dat uit de verklaring van de betreffende medewerker niet volgt dat deze Consument onjuist heeft geïnformeerd in de zin dat hij Consument de verzekering heeft gegeven, of iets heeft gezegd waaruit Consument de verzekering mocht opmaken, dat de onderliggende waarde van het onderhavige Equity Discount Certificate, zijnde ING, niet blootgesteld zou zijn aan met de kredietcrisis samenhangend risico, zodat ING daarvan geen last zou hebben. Daaraan doet niet af dat uit de verklaring van de betrokken medewerker wel blijkt dat hij destijds inschatte dat een belegging in ING weinig risico meebracht. Tussen weinig risico en geen risico bestaat immers een fundamenteel verschil. Ook uit de opmerking dat de betrokken medewerker het kredietcrisisrisico heel anders inschatte dan ten tijde van zijn verklaring, kan niet worden afgeleid dat hij dit risico destijds afwezig achtte en dus heeft verklaard dat ING geen last zou hebben van de kredietcrisis. Over het specifieke risico dat ING al dan niet blootstond aan het risico van subprime hypotheken in de Verenigde Staten, vermeldt de verklaring van de medewerker niets. De stellige verklaring van Consument op dit punt is in het licht hiervan, en mede gelet op art. 164 lid 2 Rv, onvoldoende om aan te nemen dat de medewerker verklaringen van de bedoelde strekking heeft gedaan. Dit geldt evenzeer indien de genoemde verklaringen worden bezien in samenhang met de verklaring van de andere medewerker van Aangeslotene.

2.7 De Commissie komt dan ook tot het oordeel dat Consument er niet in is geslaagd om in voldoende mate aannemelijk te maken dat de betrokken medewerker hem de verzekering heeft gegeven dat ING geen last zou hebben van de kredietcrisis en dus geen – of een verwaarloosbaar – aan de kredietcrisis gerelateerd risico zou lopen. Daarmee is niet komen vast te staan dat de medewerker van Aangeslotene niet heeft voldaan aan de voor hem geldende, en aan haar toerekenbare, geldende professionele standaard. De Commissie wijst de vordering van Consument dan ook af.

2.8 De Commissie overweegt ten overvloede dat zij de tussen partijen ontstane discussie aangaande het in de procedure ingebrachte gespreksverslag van 11 september 2008 buiten beschouwing laat, daar een oordeel daarover niet tot een andersluidende conclusie dan de hiervoor onder 2.7 bereikte kan leiden.

3. Beslissing

De Commissie wijst, bij bindend advies, de vordering van Consument af.

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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.