KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-48 d.d. 15 februari 2012
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en G.J.P. Okkema, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Samenvatting

Advies tot aankoop van aandelen RBS; vertraging bij het overboeken van de effectenportefeuille. Het is niet gebleken dat Aangeslotene ten tijde van het advies reeds wist of behoorde te weten van het feit dat de Britse overheid op 13 oktober 2008 een communiqué uit uitbrengen over de steunverlening aan RBS. Van een ondeugdelijk advies is daarom niet gebleken. Wel dient de bank schadevergoeding te betalen wegens de vertraging bij het overboeken van de effectenportefeuille.

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, ontvangen op 26 februari 2010;
- het antwoord van Aangeslotene van 18 oktober 2010;
- de repliek van Consument van 30 oktober 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 22 november 2010;
- de brief van Consument van 16 april 2011; en
- de pleitnotities van Consument.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 27 april 2011. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument heeft vanaf 2005 een effectenportefeuille bij Aangeslotene aangehouden.

2.2 Op 18 mei 2005 heeft Aangeslotene geschreven aan Consument:
"(…) Zoals afgesproken doe ik u bijgaand ons tarievenoverzicht toekomen. (…)
Wij willen nogmaals benadrukken dat juist op het gebied van effectenadvisering tariefstelling in onze optiek van secundair belang is. Van veel grotere waarde zal de feitelijke advisering zijn. (…)"

2.3 Op 12 oktober 2008 heeft Consument geschreven aan de heer X, beleggingsadviseur bij Aangeslotene.

> "(…) Ik heb (…) getracht u te bellen, o.m. om uw mening te vragen omtrent het aandeel Royal Bank of Scotland (…). Volgens de medewerker die ik aan de lijn had, was het advies van Aangeslotene neutraal. (…)"

2.4 Op 13 oktober 2008, nog voor opening van de beurs, heeft Consument een telefoongesprek gevoerd met X. In dit gesprek is de koers van het aandeel RBS aan de orde geweest. Consument heeft vervolgens 20.000 aandelen RBS gekocht voor een aankoopsom van € 20.330.

2.5 Eveneens op 13 oktober 2008, in de loop van de ochtend, constateerde Consument dat de koers van het aandeel RBS daalde. Hij heeft X twee keer gebeld, maar hem niet bereikt. Consument heeft vervolgens nog op dezelfde dag de aandelen RBS verkocht voor een bedrag van € 16.326. Nog op dezelfde dag heeft hij aan X geschreven:

> "(…) Vanochtend belde ik U op om te vernemen of U de koop van (…) aandelen Royal Bank of Scotland (RBS) kon aanbevelen (…). U stelde dat RBS na de recente koersval van 70% koopwaardig was geworden (…). Daarop kwamen wij overeen dat U 20.000 aandelen Royal Bank of Scotland voor mij zou kopen. (…)
> Kort daarop zag ik op mijn scherm dat (…) R.B.S. alleen maar wegzakte. De reden daarvan lag blijkbaar in de intussen bekend geworden voorwaarden van de Britse overheid voor haar deelname in het kapitaal van deze bank (…). Omdat ik steeds meer ging twijfelen aan de juistheid van uw advies, trachtte ik U te bereiken. (…) Eerst rond 16 uur belde U mij terug. Intussen had ik (…) de 's morgens gekochte 20.000 aandelen RBS weer verkocht. (…)"

2.6 Op 14 oktober 2008 heeft X aan Consument geschreven:

> "(…) Uw portefeuille staat bij ons geadministreerd als een execution only depot. Dit betekent dat wij u alleen een opinie mogen geven en er geen sprake kan zijn van advisering. (…)".

2.7 Op 15 december 2008 heeft Consument opdracht gegeven tot overboeking van zijn effectenportefeuille naar een andere bank N.V. in deze portefeuille waren onder meer aandelen Petrobras opgenomen (hierna: de aandelen Petrobras). Vervolgens heeft hij op 20 januari 2009 aan Aangeslotene geschreven:

> "(…) Verder moge ik (…) verzoeken mij (…) te willen berichten over de door Aangeslotene sinds 15 december jl. ondernomen stappen om onze effecten over te boeken naar de andere bank. Zoals ik U reeds liet weten, is het, zeker onder de huidige onstabiele omstandigheden op de beurzen, zeer bezwaarlijk dat wij niet over onze aandelen kunnen beschikken. (…)"

2.8 Op 3 februari 2009 heeft Consument aan Aangeslotene geschreven:

> "(…) Ik verzoek u (…) te laten weten wat door Aangeslotene is gedaan om ook mijn buitenlandse aandelen over te boeken naar de andere bank (….). (…) Zoals ik al schreef, word ik geschaad doordat ik in deze tijden van grote malaise op de beurs niet vrijelijk over mijn aandelen kan beschikken. (…)"

2.9 Op 1 maart 2009 was de overboeking van de aandelen Petrobras voltooid.

2.10 Op 8 februari 2010 heeft Consument aan Aangeslotene geschreven:

> "(…) gaarne zal [ik] zo spoedig mogelijk van U vernemen of u instemt met de Aanbeveling van de Substituut-Ombudsman (…). Van mijn kant ben ik, zij het met tegenzin, bereid, mits ook Aangeslotene deze aanvaardt, de Aanbeveling van de Ombudsman inzake mijn twee klachten te aanvaarden. (…)"

2.11 Op 22 februari 2010 heeft Consument aan Aangeslotene geschreven:

"(…) Met verwijzing naar mijn brief van 8 februari jl, moge ik U berichten dat ik (…) besloten heb om mijn twee klachten tegen Aangeslotene (…) voor te leggen aan de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Daarmee komt mijn brief van 8 februari jl (…) te vervallen. (…)"

2.12 Op 23 februari 2010 heeft Aangeslotene aan Consument geschreven:
"(…) Aangeslotene heeft uw brief van 8 februari 2010 (…) ontvangen. (…) Naar aanleiding van uw brief, berichten wij u dat Aangeslotene bereid is de aanbeveling van de Substituut-Ombudsman op te volgen. Binnenkort zal daartoe een bedrag van € 3.003 worden bijgeschreven op uw rekening (…). (…)"

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van zijn schade, te vermeerderen met wettelijke rente. De te vergoeden schade valt uiteen in twee schadeposten: het koersverlies op de aandelen RBS, dat € 4.004 bedraagt, en het koersverlies van € 4.544 op de aandelen Petrobras.
3.2. Aan zijn vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar jegens hem is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen. Aangeslotene heeft op 13 oktober 2008 geadviseerd aandelen RBS te kopen terwijl het haar bekend was of had behoren te zijn dat in de loop van die dag voor de koers van het aandeel relevante mededelingen zouden worden gedaan; bovendien had Consument sinds januari 2008 aanzienlijke verliezen op zijn portefeuille geleden en werd de aankoop van deze aandelen gefinancierd met een effectenkrediet met een rente van 8,2%. Verder is de overboeking van de portefeuille niet met de vereiste snelheid uitgevoerd, waardoor Consument de aandelen Petrobras pas na de overboeking en tegen een ongunstige koers heeft kunnen verkopen.
3.3. Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1 Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.
4.2 Als meest verstrekkend verweer voert Aangeslotene aan dat partijen een schikking zijn overeengekomen, zodat Consument niet meer gerechtigd is tot het vorderen van schadevergoeding. Zij stelt dat Consument op 8 februari 2010 een schikkingsvoorstel heeft gedaan, dat door Aangeslotene is aanvaard bij brief van 23 februari 2010. Verder stelt zij dat Consument weliswaar bij brief van 22 februari 2010 heeft bericht dat hij het schikkings-voorstel wilde intrekken, maar dat zij deze brief pas op 26 februari 2010 heeft ontvangen, toen zij het schikkingsvoorstel reeds had aanvaard.
4.3 De Commissie overweegt als volgt. Toen Consument de brief van Aangeslotene van 23 februari 2010 ontving waarin deze zijn schikkingsvoorstel aanvaardde, had Consument reeds zijn brief van 22 februari 2010 verzonden waarin hij dit voorstel herriep. Voor het slagen van het verweer van Aangeslotene is op grond van art. 6:219 lid 2 BW daarom vereist dat komt vast te staan dat Aangeslotene de brief van 23 februari 2010 heeft verzonden nog

voordat zij de brief van 22 februari 2010 ontving waarin Consument schreef dat hij zijn schikkingsvoorstel wilde intrekken. Aangeslotene stelt echter onvoldoende specifieke feiten waaruit dit zonder meer volgt. Zij stelt immers, onder verwijzing naar het stempel met de datum van ontvangst, dat zij de bedoelde brief van 22 februari 2010 heeft ontvangen op 26 februari 2010, ter zitting heeft zij echter ook verklaard dat zij niet met zekerheid kan zeggen dat dit daadwerkelijk de dag van ontvangst is. Aangeslotene heeft evenmin het precieze tijdstip vermeld waarop de brief van 23 februari 2010, houdende de aanvaarding van het schikkingsvoorstel, is verzonden. Gelet daarop is bij gebrek aan voldoende onderbouwing niet komen vast te staan dat Aangeslotene het schikkingsvoorstel reeds had aanvaard toen zij van Consument het bericht ontving dat hij het schikkingsvoorstel introk. Dit verweer wordt dan ook verworpen.

4.4 De Commissie zal vervolgens ingaan op de vordering tot vergoeding van de schade, ontstaan door de aankoop van de aandelen RBS.

4.5 Partijen verschillen van standpunt over de aard van hun rechtsverhouding. Consument stelt dat dit een adviesrelatie is; hij wijst op de brief van Aangeslotene van 18 mei 2005, waarin wordt gesproken van ‘effectenadvisering’ en ‘feitelijke advisering’ en stelt daarna nooit een brief van Aangeslotene te hebben ontvangen waarin staat dat de relatie in execution only wordt omgezet. Als verweer voert Aangeslotene aan dat de relatie na verloop van tijd is omgezet in execution only, dat op de jaaroverzichten uit 2007 en 2008 ‘execution only’ is vermeld en dat ook cliënten met een execution only-profiel een order kunnen plaatsen via een beleggingsadviseur.

4.6 De Commissie overweegt als volgt. Uit de stellingen van Aangeslotene volgt niet zonder meer dat Consument op enig moment heeft moeten begrijpen dat er voortaan sprake was van een execution only-relatie; de vermelding ‘execution only’ op twee jaaroverzichten is daartoe onvoldoende, aangezien Consument onweersproken stelt dat Aangeslotene in 2007 en 2008 op haar effectennota’s, ongeveer 50 in totaal, steeds de term ‘advisering’ heeft vermeld. Bovendien heeft Aangeslotene geen brief overgelegd waarin is bevestigd dat er sprake was van een execution only-relatie en heeft zij ter zitting verklaard dat zij een dergelijke brief ook niet in haar dossier heeft. Gelet daarop wordt dit verweer verworpen en constateert de Commissie dat tussen partijen een adviesrelatie heeft bestaan.

4.7 Vervolgens dient te worden beoordeeld of Aangeslotene bij haar advisering rekening heeft moeten houden met de omstandigheid dat de Britse overheid op 13 oktober 2008 een communiqué zou uitbrengen over de voorwaarden waaronder zij ging deelnemen in het kapitaal van RBS. Consument stelt dat Aangeslotene dit wist of had behoren te weten ten tijde van het advies tot aankoop van de aandelen RBS; Aangeslotene stelt dat zij dit pas later op die dag heeft vernomen.

4.8 Ter zake van dit onderdeel van de klacht staat tussen partijen vast dat het telefoongesprek tussen Consument en Aangeslotene voor opening van de beurs heeft plaatsgevonden; het exacte tijdstip is door partijen niet genoemd. Evenmin hebben partijen gegevens overgelegd over het tijdstip van publicatie van het bedoelde nieuws. Nu Consument heeft gesteld dat deze publicatie vóór het tijdstip van voornoemd gesprek heeft plaatsgevonden, had het op zijn weg gelegen deze stelling aannemelijk te maken. Consument is daar niet in geslaagd. De Commissie merkt daarbij op dat ook uit de haar beschikbare

openbare bronnen niet is gebleken dat de stelling van Consument juist is. Dit betekent dat niet aannemelijk is geworden dat Aangeslotene op het moment van advisering reeds over de onderhavige informatie beschikte. Gelet daarop is niet komen vast te staan dat het advies van Aangeslotene in dit opzicht ondeugdelijk is geweest.

4.9 Consument stelt ook dat het advies tot aankoop van aandelen RBS onzorgvuldig was omdat hij sinds januari 2008 aanzienlijke verliezen op zijn portefeuille had geleden. De Commissie overweegt dat de enkele omstandigheid dat op een portefeuille reeds verliezen zijn geleden, een advies tot aankoop van aandelen nog niet ondeugdelijk maakt, terwijl ook overigens uit de vaststaande feiten niet blijkt dat de aankoop van deze aandelen, gelet op het risicoprofiel van Consument en de toenmalige samenstelling van zijn effectenportefeuille, niet geadviseerd had mogen worden. Ook op deze grond is de vordering niet toewijsbaar.

4.10 Voorts stelt Consument dat de aankoop van deze aandelen werd gefinancierd met een effectenkrediet met een rente van 8,2%.Voor zover de Commissie deze stelling als separaat klachtonderdeel moet zien, wijst zij erop dat het bij een adviesrelatie de eigen vrije keus van de belegger is of hij een gegeven beleggingsadvies al dan niet opvolgt. Consument heeft ervoor gekozen het eerste te doen en wist bij voorbaat dat deze transactie met krediet moest worden gefinancierd. Niet valt in te zien dat Aangeslotene voor die keuze en de gevolgen daarvan aansprakelijk kan worden gehouden. Dat deze transactie ook nog tot koersverlies heeft geleid doet daaraan niet af. Indien Consument had willen betogen dat Aangeslotene hem in het algemeen niet had moeten toestaan op basis van kredietverlening te beleggen, geldt dat een dergelijke klacht nader onderbouwd had moeten worden en niet als bezwaar tegen een enkele transactie kan worden aangevoerd.

4.11 Gezien het voorgaande komt de eerste schadepost, het koersverlies van € 4.004 op de aandelen RBS, niet voor vergoeding in aanmerking.

4.12 Aan de orde is vervolgens de tweede schadepost, de schade die is ontstaan door de vertraging in het overboeken van de aandelen Petrobras. Consument stelt dat hij op 15 december 2008 opdracht tot overboeking heeft gegeven en enkele dagen daarna van de heer Y, werkzaam bij Aangeslotene, heeft vernomen dat een overboeking van buitenlandse aandelen doorgaans vier weken duurt en dat hij in dit geval wegens de feestdagen moest rekening houden met een periode van zes weken, dus tot eind januari 2009.

4.13 Daargelaten de vraag of in zijn algemeenheid een maximumtermijn kan worden genoemd waarbinnen de overboeking van buitenlandse aandelen moet zijn gerealiseerd, heeft Aangeslotene de stelling van Consument inzake de mededeling van Y niet, althans onvoldoende, weersproken. De Commissie is van oordeel dat Consument op deze mededeling mocht afgaan. Dat Aangeslotene bij verweer nog heeft gesteld dat de lange duur mede is beïnvloed door het beperkte aantal werkdagen in december, doet aan het vorenstaande niet af.

4.14 Aangeslotene heeft over dit onderdeel overigens terecht gesteld dat het op de weg van Consument had gelegen om in de tussenliggende periode te melden dat hij de aandelen Petrobras wenste te verkopen. Deze verkoop had dan eerder uitgevoerd kunnen worden. Consument heeft dat echter niet met zoveel woorden gedaan. Daar staat tegenover dat Consument op 20 januari 2009 aan Aangeslotene heeft geschreven dat het “zeker onder de huidige onstabiele omstandigheden op de beurzen” zeer bezwaarlijk was dat hij niet over zijn

aandelen kon beschikken; een vergelijkbare mededeling is opgenomen in zijn brief van 3 februari 2009. Het had daarom op de weg van Aangeslotene gelegen zich met Consument in verbinding te stellen en te overleggen over de mogelijkheid van een eventuele verkoop. Aangeslotene heeft dit laatste echter nagelaten. Beide partijen moeten dan ook aansprakelijk worden gehouden voor de schade die door de vertraging in de overboeking is ontstaan. De Commissie bepaalt de eigen schuld van Consument ter zake op 1/3 deel.

4.15 Ter zake van de hoogte van die schade heeft Consument gesteld dat hij een koersverlies heeft geleden van € 4.544, zijnde het koersverschil tussen 30 januari 2009 en 19 maart 2010, de datum waarop de aandelen Petrobras zijn verkocht. Aangeslotene heeft deze berekening niet betwist zodat de Commissie dit bedrag als de geleden schade zal aanmerken. In het licht van het vorenstaande betekent dit dat Aangeslotene aan Consument een bedrag van € 3.030 dient te vergoeden. Dit bedrag dient te worden verhoogd met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf 19 maart 2010, zijnde de datum per wanneer de schade is begroot, tot aan de dag van algehele voldoening. Tevens dient Aangeslotene aan Consument te vergoeden een bedrag van € 50, zijnde de door Consument betaalde eigen bijdrage voor deze procedure. Vanzelfsprekend dient een eventueel door Aangeslotene reeds betaald en niet terugbetaald schikkingsbedrag op het te betalen bedrag in mindering te worden gebracht.

4.16 Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies, dat Aangeslotene binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan Consument vergoedt:

(a) een bedrag van € 3.030;
(b) de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 19 maart 2010 tot aan de dag van algehele voldoening; en
(c) het bedrag van € 50, betaald door Consument als eigen bijdrage aan de behandeling van dit geschil.

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.