Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 59
d.d. 24 maart 2011
(de heer mr. J. Wortel, voorzitter en de heren R.H.G. Mijné en H. Mik RA)

Samenvatting

De vraag of Aangeslotene door na te laten advies te geven in strijd met de overeenkomst heeft gehandeld beantwoordt de Commissie in dit geval bevestigend, daar dit een expliciet overeengekomen verplichting betreft. Echter, het door Consument gevorderde wordt afgewezen aangezien hij reeds is gecompenseerd.

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 door Consument ingevulde vragenformulier en de door hem ingevulde verklaring alsmede overige bijlagen ontvangen 9 februari 2010;
- het verweer van Aangeslotene van 7 juni 2010;
- de repliek van Consument van 22 juni 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 2 juli 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 doet, conform het in artikel 16.4 van haar reglement bepaalde, onderhavig geschil op stukken af.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Tussen Consument en Aangeslotene bestond sinds 1999 een effectendienstverleningsrelatie op adviesbasis. In de periode tot en met het voorjaar van 2004 lijdt Consument een verlies van ruim 40 % op een portefeuille met een aanschafwaarde van bijna € 35.000,--. Consument neemt dit verlies.
2.2 Er volgt een gesprek op 4 mei 2005 waarbij een persoonlijk beleggingsvoorstel wordt voorgelegd waarin onder meer, en voor zover hier van belang, staat:
Pagina 2: “Bij (Aangeslotene) hebben we een heldere kijk op beleggen. We maken graag duidelijke afspraken met u en bieden u persoonlijke oplossingen. Zodat u belegt op een manier die bij u past en waarbij u zich prettig voelt. Wanneer u kiest voor (Fondsbeleggen) mag u dat van ons verwachten.
Wat biedt (Fondsbeleggen) u?
- Een beleggingsadvies op maat
- Een goed gespreide portefeuille, ingevuld met beleggingsfondsen van X.
- Helderheid over het verwacht rendement
- Begeleiding door uw adviseur van uw (Aangeslotene)
- Overzichtelijke informatie over uw beleggingen.”

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

Pagina 4: “Begeleiding door uw adviseur van uw (Aangeslotene). Wanneer u kiest voor (Fondsbeleggen), blijft het niet bij een eenmalig advies. En dat maakt (Fondsbeleggen) zo uniek. U krijgt namelijk automatisch zogenaamde adviesberichten van uw (Aangeslotene) wanneer het verstandig is uw portefeuille aan te passen. (…) Bovendien controleert (Aangeslotene) regelmatig of uw portefeuille nog in lijn is met uw adviesportefeuille op dat moment. Is dit niet het geval, dan krijgt u automatisch bericht.”
Pagina 6: “Uitgangspunten van dit beleggingsvoorstel. (…) Advies en transacties: Het is mogelijk om bij het nemen van uw beleggingsbeslissingen eerst te overleggen met uw adviseur.”
Voorts staat in artikel 2 van de van toepassing zijnde Effectenvoorwaarden: “De bank zal niet gehouden zijn tot het verstrekken van (ongevraagde) beleggingsadviezen aan de Cliënt.”
2.3 Consument tekent de Overeenkomst Beleggersrekening op dezelfde dag en investeert een bedrag in verschillende fondsen. Het in het beleggingsvoorstel opgenomen beleggingsdoel is de aflossing van de hypotheek van Consument. Er wordt een neutraal doelrisicoprofiel gehanteerd alsmede een beleggingshorizon van 10 à 15 jaar, een productvoorkeur voor beleggingsfondsen kenbaar gemaakt en gekozen voor een zogenaamde “actieve” (waaronder wordt verstaan: een keer per kwartaal) portefeuille aanpassing.
2.4 Consument ontvangt tot juli 2008 elk kwartaal adviesberichten. Consument neemt hierover op 11 augustus 2008 en 29 december 2008 contact op met zijn adviseur van Aangeslotene. Aangeslotene maakt op 18 maart 2009 € 218,-- over op de rekening van Consument met als omschrijving: “rentevergoeding RFE okt./dec. 2008 Applix 778220”. Het laatste adviesbericht dat Consument ontvangt, dateert van 9 september 2009.
2.5 Per brief van 25 januari 2010 maakt Aangeslotene aan Consument bekend dat de wijze van beleggen waar hij gebruik van maakt met ingang van 14 april 2010 niet langer mogelijk is. Consument zegt per 8 februari 2010 de overeenkomst op en liquideert de portefeuille waarna Aangeslotene hem nog eenmaal servicekosten ad € 18,75 in rekening brengt.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, bestaande uit het verschil in de waarde van de portefeuille tussen 31 december 2007 en 31 december 2008, door hem begroot op een bedrag van € 6.904,77.
3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
Consument verwijt Aangeslotene, ondanks herhaalde verzoeken daartoe zijnerzijds en de gedane toezegging van Aangeslotene optimale begeleiding te zullen geven, geen advies te hebben gegeven gedurende de periode 30 juli 2008 tot en met 16 februari 2009 terwijl zij op grond van het persoonlijk beleggingsvoorstel van 4 mei 2005 in ieder geval driemaandelijks advies met betrekking tot de portefeuille had dienen te geven.
Als er inhoud was gegeven aan het persoonlijk advies en begeleiding was het onderhavige probleem nooit ontstaan. Ondanks het niet geven van advies en het voortduren van deze wanprestatie worden wel kosten in rekening gebracht, laatstelijk € 18,75 voor servicekosten in mei 2010.
Consument accepteert het in 2009 overgemaakte bedrag van € 218,--, zonder nadere toelichting of berekening, niet als vergoeding voor het koersverlies.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende weren aangevoerd.
Klachten van Consument die zien op de situatie voor 2004 kunnen niet voor behandeling in aanmerking komen aangezien die feiten in een te ver verleden liggen. Aangeslotene beroept zich voor wat betreft dit punt op artikel 12 van haar Algemene Voorwaarden en artikel 6:89 BW betreffende klagen binnen bekwame tijd.
Aangeslotene stelt voorts dat Consument niet ontvankelijk is in het bij repliek opgeworpen klachtonderdeel, met betrekking tot in rekening brengen van de servicekosten in mei 2010, daar dit noch aan Aangeslotene, noch aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening is voorgelegd. De kosten tot en met het moment van beëindigen van de overeenkomst zijn terecht in rekening gebracht.
Aangeslotene heeft aan haar zorgplicht voldaan en er kan haar geen verwijt worden gemaakt ten aanzien van de koersdalingen van de portefeuille. Er is namelijk sprake van een adviesrelatie waarin Consument zijn eigen portefeuille beheerde en zelfstandig (eventueel na ingewonnen advies) de beleggingsbeslissingen nam. Bovendien brengt beleggen risico's met zich mee. De waardevermindering van de portefeuille tussen 31 december 2007 en 31 december 2008 betreft ongerealiseerd koersverlies waarbij de samenstelling van de portefeuille in die periode veranderd is.
Het is juist dat Consument in de periode 30 juli 2008 tot februari 2009 geen advies kreeg. Dit was Aangeslotene echter niet bekend. Er is volgens artikel 2 van de Effectenvoorwaarden geen actieve adviesplicht. Consument kon altijd om advies vragen.
Aangeslotene heeft Consument schadeloos gesteld door een bedrag van € 218,-- over te maken en stelt daarmee in redelijkheid te hebben gehandeld. De berekeningswijze van dit bedrag is gebaseerd op het verschil tussen het rendement van de modelportefeuille en het daadwerkelijk gegeneerde rendement van de portefeuille van Consument over de periode 30 juli 2008 tot februari 2009.
De beleggingshorizon bedroeg per mei 2004 10-15 jaar. De verkoop van de portefeuille na zes jaar, met verlies, is een keuze van Consument geweest en kan Aangeslotene niet worden tegengeworpen.
Aangeslotene verzoekt de Commissie dan ook de vordering van Consument af te wijzen voor zover deze ontvankelijk is.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.
4.1 Verworpen wordt het verweer van Aangeslotene dat Consument niet ontvankelijk is ten aanzien van klachten die niet eerst aan Aangeslotene en de Ombudsman Financiële Dienstverlening zijn voorgelegd. In lijn met hetgeen eerder de Klachtencommissie DSI en ook de Commissie van Beroep (KCHB 6 juli 2003, nr. 52) reeds hebben beslist, ziet de Commissie geen beletsel om in haar beoordeling te betrekken de stellingen en nadere vorderingen die weliswaar tijdens de procedure bij de Commissie voor het eerst naar voren worden gebracht, maar die te beschouwen zijn als een aanvulling of uitbreiding van het reeds aan Aangeslotene en de Ombudsman voorgelegde geschil. Strijd met de beginselen van een goede procesorde kan reden zijn om nieuwe stellingen over de omvang of de gronden van een klacht buiten beschouwing te laten, met name indien Aangeslotene daardoor wordt beroofd van een mogelijkheid zich naar behoren te verweren, maar van dit

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)

laatste is niet gebleken, nu Aangeslotene bij haar dupliek de gelegenheid heeft gehad te reageren op de desbetreffende onderdelen van de klacht, en die gelegenheid ook heeft benut. Overigens begrijpt de Commissie de klachten aldus, dat zij geen betrekking hebben op (verliezen voortvloeiende uit) voor 2004 gegeven adviezen.

4.2 De Commissie overweegt voorts dat tussen Consument en Aangeslotene een effectendienstverleningsrelatie op basis van advies bestaat. Kenmerkend voor een dergelijke wijze van beleggen is dat transacties alleen in expliciete opdracht van Consument mogen worden uitgevoerd en dat Consument in beginsel verantwoordelijk blijft voor de beleggingsbeslissingen en de gevolgen daarvan zelf moet dragen. Binnen een dergelijke adviesrelatie is de aansprakelijkheid van de dienstverlener in beginsel beperkt tot (de gevolgen van) adviezen die een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur in redelijkheid niet had mogen geven. Daaromtrent heeft Consument evenwel niets gesteld; zijn vordering berust alleen op de stelling dat Aangeslotene hem niet vaak genoeg van advies heeft voorzien.

4.3 De Commissie heeft derhalve te beoordelen of het uitblijven van adviezen, gedurende de periode waarin Consument stelt schade te hebben geleden, kan worden gekwalificeerd als een tekortkoming in de uitvoering van de door partijen gesloten overeenkomst. Gelet op de door partijen overgelegde stukken kan de Commissie niet anders concluderen dan dat dit inderdaad het geval is. Immers, in het beleggingsvoorstel staat nadrukkelijk vermeld dat Aangeslotene ieder kwartaal adviesberichten aan Consument zal doen toekomen. Dit is een toezegging die meebrengt dat Aangeslotene thans geen beroep kan doen op artikel 2 van haar Voorwaarden Effectendienstverlening. De Commissie stelt echter vast dat Aangeslotene Consument reeds een regeling heeft aangeboden ter compensatie van het nadeel dat Consument door het achterwege blijven van toegezegde adviezen heeft geleden. Het is niet aannemelijk geworden dat die regeling ontoereikend is.

4.4 Evenmin is komen vast te staan dat Aangeslotene ten onrechte kosten in rekening heeft gebracht. Aangeslotene heeft zich in haar op de verhouding tussen partijen toepasselijke Algemene Voorwaarden de mogelijkheid voorbehouden rente en provisies te rekenen, en het is niet aannemelijk geworden dat Aangeslotene onredelijk hoge kosten in rekening heeft gebracht.

4.5 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering 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.

Create PDF files without this message by purchasing novaPDF printer (http://www.novapdf.com)