Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-306 d.d. 31 oktober 2012
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, en de heren drs. L.B. Lauwaars RA en G.J.P. Okkema, leden en mevrouw mr. J.J. Guijt, secretaris)

Samenvatting

Adviesrelatie. De Commissie is van oordeel dat de vordering van Consument is verjaard op grond van artikel 3:310 lid 1 BW. Het had Consument uit het beleggingsvoorstel en uit het feit dat enige tijd na aankoop van de reverse exchangeables omzettingen van obligaties in aandelen hebben plaatsgevonden duidelijk moeten zijn dat deze door hem aangeschafte producten geen gewone obligaties waren. Nu tussen partijen vaststaat dat alle producten waarover Consument zich beklaagt zich op 31 december 2004 niet meer in de portefeuille van Consument bevonden, was Consument in ieder geval op dat moment bekend met de schade en de daarvoor (mogelijk) aansprakelijke (rechts-)persoon. Toen Consument zijn klacht bij Aangeslotene heeft geuit (11 januari 2011) waren reeds meer dan vijf jaren verstreken vanaf het moment waarop hij zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend was geworden. De vordering wordt afgewezen.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlage van 11 september 2011;
- het door Consument ingevulde en op 22 oktober 2011 ondertekende vragenformulier;
- het verweer van Aangeslotene met bijlagen van 21 februari 2012;
- de repliek van Consument met bijlage van 7 maart 2012; en
- de dupliek van Aangeslotene van 10 april 2012.

De Commissie stelt vast 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 12 september 2012. Daar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Consument heeft zich medio 2000 tot Aangeslotene gewend voor beleggingsadvies in verband met een door hem te ontvangen ontslaguitkering van zijn toenmalige werkgever. Hij is omstreeks deze periode een effectendienstverleningsrelatie op basis van advies met Aangeslotene aangegaan. In juli 2000 heeft Aangeslotene Consument een beleggingsvoorstel

gedaan, uitgaande van een belegbaar vermogen van ƒ 600.000,-. Aangeslotene heeft Consument geadviseerd te beleggen in onder meer reverse exchangeables, het onroerendgoedfonds Uni-Invest en het [Aangeslotene] ICT Fund.

2.2 In het beleggingsvoorstel van 19 juli 2000 staat over de eigenschappen en kenmerken van reverse exchangeables het volgende vermeld:

"Reverse Exchangeables
Dit is een obligatie met een hoge couponrente (veelal in de buurt van de 10%), die gedurende een zekere periode (veelal twee jaar) en tegen vooraf vastgestelde voorwaarden aan het einde van de looptijd wordt afgelost door de uitgevende instelling (de bank).
De uitgevende instelling bepaalt hoe de lening wordt afgelost: dit kan zijn in contanten (de belegger ontvangt de nominale waarde terug) of in aandelen. In feite komt het erop neer dat de belegger een gewone obligatie koopt en tegelijkertijd een put optie schrijft op een vooraf vastgesteld aandeel, met het risico van afnameplicht. In de hoge couponrente zit als het ware de premie verwerkt die de belegger ontvangt voor het schrijven van de put optie.
(..)
Voor alle duidelijkheid: het gaat hier in aanvang om een obligatiebelegging met de mogelijkheid dat hiervoor te zijner tijd aandelen in de plaats komen met een lagere waarde dan op moment van uitgifte van de lening. Dit vertaalt zich in de hoge obligatierente. Het is zaak om als onderliggende waarde een, indien mogelijk enigszins 'achtergebleven', kwaliteitsfonds te selecteren".

2.3 In het beleggingsvoorstel en de daaraan gehechte nieuwsbrief van juni 2000 staat over het [Aangeslotene] ICT Fund het volgende vermeld:

"Met het [Aangeslotene] ICT Fund (..) participeert u ook in sectoren (informatie-technologie) en gebieden (emerging markets) die de komende jaren volop kansen bieden. Wel geldt hiervoor uiteraard een hogere risicograad, wij stellen daarom voor het relatieve belang van deze beleggingen beperkt te houden."

en:

"Het Fonds heeft als doel om, op basis van risicospreiding, een zo goed mogelijk resultaat te realiseren. Het Fonds belegt hoofdzakelijk in beursgenoteerde aandelen van kwalitatief vooraanstaande ondernemingen in Europa, Amerika en het verre Oosten, die in hoge mate profiteren van de opkomst van de informatiemaatschappij. Het zwaartepunt ligt op de grotere, innovatieve ondernemingen".

2.4 Over het onroerend goed fonds Uni-Invest vermeldt het beleggingsvoorstel:

"de door ons genoemde onroerend-goed-fondsen Uni-Invest en (..) kenmerken zich de laatste jaren door een hoog dividendrendement en een laag koerspotentieel. De onroerend¬goedportefeuille van Uni-Invest bestaat voor het grootste gedeelte uit kantoorgebouwen en is volledig op Nederland gericht. Het dividendrendement bedraagt circa 11%".

2.5 Eind 2004 had Consument geen reverse exchangeables meer in zijn beleggingsportefeuille en had hij ook niet meer belegd in het onroerendgoedfonds Uni-Invest en het [Aangeslotene] ICT Fund.

2.6 In december 2006 heeft Consument zijn gehele beleggingsportefeuille bij Aangeslotene overgeboekt naar een andere financiële onderneming.

2.7 Op 11 januari 2011 heeft Consument zich over de advisering door Aangeslotene in de periode van medio 2000 tot en met februari 2004 bij Aangeslotene beklaagd.

3. Geschil

3.1 Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem geleden schade als gevolg van de advisering door Aangeslotene. Deze schade wordt door hem begroot op € 25.000,-.
3.2 Deze vordering steunt op de grondslag dat Aangeslotene in haar zorgplicht is tekortgeschoten jegens Consument. De portefeuilleverdeling was volgens Consument niet in overeenstemming met het overeengekomen risicoprofiel 'matig defensief'. In plaats van obligaties werden Consument afgeleide aandelen geadviseerd en verkocht, aldus Consument. Bovendien heeft Aangeslotene dit volgens Consument gemaskeerd door op haar overzichten een aantal risicovolle effecten als obligaties en diversen te categoriseren. Zo wekt de depotspecificatie van 29 september 2000 de indruk dat de verhouding tussen aandelen en overige categorieën 35-65% is, doch de werkelijke verhouding was volgens Consument 56-44% (hetgeen overeenkomt met een matig offensief profiel) omdat twee reverse exchangeable producten en het [Aangeslotene] ICT Fund niet onder 'overige categorieën' vallen zoals Aangeslotene had vermeld, maar onder de categorie 'aandelen'.
3.3 Aangeslotene heeft primair een beroep gedaan op het te laat indienen van de klacht en heeft overigens ook de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.
4.1 Aangeslotene heeft als meest verstrekkend verweer aangevoerd dat de vordering van Consument is verjaard ex artikel 3:310 lid 1 BW. Zij heeft hiertoe aangevoerd dat Consument de producten waarover hij klaagt reeds vóór 31 december 2004 heeft verkocht en toen derhalve reeds bekend was, dan wel had moeten zijn met de schade die hij stelt te hebben geleden. Consument was toen volgens Aangeslotene ook bekend met de aansprakelijke (rechts-)persoon, namelijk Aangeslotene die hem de fondsen had geadviseerd, en had derhalve eind 2004 een vordering tot vergoeding van zijn schade kunnen instellen. Dat heeft hij niet gedaan, waardoor de vordering in ieder geval op 31 december 2009 is verjaard, aldus Aangeslotene.
4.2 Consument daarentegen heeft zich op het standpunt gesteld dat hij eerst eind 2010 bekend is geworden met de schade doordat hem toen door een extern deskundige werd aangeraden de advisering door Aangeslotene te onderzoeken en hij bestrijdt dan ook dat van verjaring sprake is.
4.3 De Commissie overweegt met betrekking tot dit primaire verweer van Aangeslotene als volgt. Op grond van artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na de dag, volgende op die waarop de benadeelde

zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden. De Commissie is van oordeel dat Consument uit het beleggingsvoorstel duidelijk had moeten zijn dat hij geen gewone obligaties kocht. Ook uit het feit dat enige tijd na aankoop van de reverse exchangeables - zoals Consument ter zitting ook heeft erkend - omzettingen van obligaties in aandelen hebben plaatsgevonden had het Consument duidelijk moeten zijn dat de reverse exchangeables geen gewone obligaties waren. Tussen partijen staat vast dat alle producten waarover Consument zich beklaagt zich op 31 december 2004 niet meer in de portefeuille van Consument bevonden, maar dat Consument ze toen reeds had verkocht. Dat brengt naar het oordeel van de Commissie mee dat Consument in ieder geval op dat moment (31 december 2004) - en dus niet, zoals Consument stelt, eerst nadat hij advies van een extern deskundige had ingewonnen - bekend was met de schade en de daarvoor (mogelijk) aansprakelijke (rechts-)persoon en dat de op zijn vordering tot schadevergoeding toepasselijke verjaringstermijn ook toen (althans een dag later) is gaan lopen.

4.4 Niet gesteld of gebleken is dat de verjaringstermijn door Consument is gestuit voordat hij er op 11 januari 2011 toe overging zich bij Aangeslotene te beklagen over de advisering in de periode van medio 2000 tot en met februari 2004. Dat betekent dat toen Consument zijn klacht bij Aangeslotene heeft geuit (11 januari 2011) meer dan vijf jaren waren verstreken vanaf het moment waarop hij zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend was geworden en de vordering van Consument dus was verjaard. Ook overigens zijn geen omstandigheden gesteld of gebleken die zouden meebrengen dat het beroep van Aangeslotene op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

4.5 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat het primaire verweer van Aangeslotene doel treft. Met het oordeel dat de vordering van Consument is verjaard, behoeven de overige stellingen van partijen geen bespreking meer.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als 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.