

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-404
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 24 februari 2017
Ingediend door : Consument
Tegen : Brand New Day Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen Brand New Day
Datum uitspraak : 5 juli 2018
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Execution only. Verkoop van beleggingen zonder toestemming van de cliënt. De vordering wordt gedeeltelijk toegewezen.

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het klachtformulier met bijlagen,
- het verweerschrift van 6 juli 2017,
- de repliek van 29 juli 2017 en
- de dupliek van 19 oktober 2017.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daarom niet-bindend.

Verder stelt de Commissie vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft een beleggingsrekening aangehouden bij Allianz Nederland Asset Management B.V. (hierna: Allianz), een vennootschap waarvan Brand New Day de rechtsoptvolger is. Op deze rekening heeft Consument belegd op basis van execution only.

2.2 In haar brief van 30 mei 2014 heeft Allianz aan Consument geschreven:

“(…) U heeft (…) een Allianz Rekening om vermogen op te bouwen. (…) Om onze dienstverlening naar een hoger niveau te brengen, gaan we binnen enkele maanden over op een nieuw online platform. (…) Daarbij heeft u een aantal keuzemogelijkheden. (…) Een van de veranderingen is de overgang naar digitale dienstverlening en internetbankieren. (…) Wilt u overstappen op digitale dienstverlening (…)? Dan hebben wij uw e-mailadres nodig. Laat ons daarom vóór 1 juli 2014 weten wat uw e-mailadres is via het bijgevoegde formulier. (…) Belegt u in Allianz fondsen? Dan kunnen we u de volgende drie mogelijkheden aanbieden:

- Wij verkopen uw Allianz fondsen en u gaat beleggen via een modelportefeuille.

- U blijft beleggen in Allianz fondsen en kiest ervoor om maximaal 4 opdrachten per jaar door te geven
- U blijft beleggen in Allianz fondsen en geeft ons een periodieke opdracht voor het aankopen van fondsen. (...)

Ontvangen wij uw e-mailadres niet vóór 1 juli 2014 en belegt u in Allianz fondsen? Dan moeten wij uw beleggingen verkopen. U gaat dan beleggen via de modelportefeuille die aansluit op het actuele risicoprofiel van uw beleggingsportefeuille. Een modelportefeuille heeft als voordeel dat deze aansluit op uw risicoprofiel. Doordat de modelportefeuille eenmaal per jaar wordt gerebalanced blijft deze ook bij uw risicoprofiel passen. De verkoop voeren we door (...) als de nieuwe dienstverlening ingaat. (...)

Blijven beleggen in Allianz fondsen met de mogelijkheid maximaal 4 opdrachten door te geven? Geeft u uw e-mailadres niet door en blijft u toch liever in onze Allianz fondsen beleggen? Dan is dit ook mogelijk. Verwacht u in de toekomst niet veel transacties te gaan doen? Geeft u dit dan aan op bijgevoegd formulier. U kunt dan per jaar maximaal vier opdrachten (...) aan ons doorgeven. (...) Wilt u liever in onze Allianz fondsen blijven beleggen en ons opdracht geven voor het periodiek aankopen van fondsen? (...) Geeft u dan op het bijgevoegd formulier aan hoe de storting (verdeeld en) belegd wordt. (...)

Laat vóór 1 juli a.s. aan ons weten wat uw keuzes zijn via bijgevoegd antwoordformulier. Ontvangen wij geen reactie van u, dan verkopen wij uw beleggingen. U gaat dan beleggen via de modelportefeuille die aansluit op het actuele risicoprofiel van uw beleggingsportefeuille. Deze verkoop voeren we door (...) als de nieuwe dienstverlening ingaat. (...)

Meer informatie over de nieuwe dienstverlening vindt u op www.allianz.nl/dienstverlening. Daar treft u onder meer de nieuwe reglementen aan. Heeft u nog vragen? Neemt u dan contact op met onze afdeling Cliëntenservice. (...)"

2.3 Bijlage bij de brief van 30 mei 2014 was een antwoordformulier. Consument heeft dit formulier als volgt ingevuld:

"(...) Antwoordformulier (...)

Vul onderstaand formulier in (...) en stuur het vóór 1 juli 2014 naar ons op. (...)

[niet aangekruist:] Ik wil graag gebruikmaken van de vernieuwde digitale dienstverlening.
(...)

[aangekruist] Ik wil graag blijven beleggen in Allianz fondsen en geef per jaar niet meer dan vier opdrachten. [bedoeld zal zijn: *opdrachten*, opm. Kifid]

[niet aangekruist:] Ik geef hierbij opdracht voor de periodieke aankoop van de volgende fondsen:

[hier volgt een reeks van Allianz-fondsen]

Ondertekening voor akkoord

Datum 30-6-2014

[naam Consument] (...)

[handtekening] (...)"

2.4 Op 15 december 2016 heeft Consument aan Allianz gemaild:

"(...) Vorige week ontving ik een bericht, waarin u aangeeft aandelen uit mijn portefeuille te gaan kopen en verkopen om het in overeenstemming te brengen met mijn neutrale profiel.

Ik heb 13 december telefonisch nadrukkelijk aangegeven dat ik absoluut niet wil dat er zonder mijn uitdrukkelijke verzoek aandelen worden verkocht.

Vandaag ontving ik een brief (...) waarin staat dat u dat toch gaat doen omdat dit een geautomatiseerd proces is (...).

Het feit dat u ooit om een profiel heeft gevraagd (...) geeft u niet de bevoegdheid om zonder mijn toestemming aandelen te verkopen.

U gebruikt het profiel voor iets anders (het eigenmachtig kopen en verkopen van aandelen) dan waarvoor het oorspronkelijk bedoeld is (het beschermen van de klant). U bent ook niet wettelijk verplicht om de aandelenportefeuille overeenkomstig het profiel te brengen.

U heeft ook niet het recht dit te doen zonder dat de klant hierover enige beslissingsrecht heeft.

Kopen en verkopen van aandelen is niet in mijn belang. Bij deze mijn gewijzigd profiel:

Die is exact overeenkomstig de verdeling van de aandelenportefeuille zoals die was en dat blijft zo.

Ik ga er dan ook vanuit dat er geen aandelen worden gekocht en verkocht ter beschikking tenzij het nieuw te beleggen ontvangen dividend betreft. (...)

2.5 Op 22 december 2016 heeft Allianz aan Consument gemaild:

“(...) Na ontvangst van onze brief over de rebalance heeft u telefonisch contact met ons opgenomen. U heeft (...) aangegeven dat u niet wilt dat er aandelen verkocht en gekocht worden, om uw beleggersportefeuille in balans te brengen. Deze rebalance voeren wij uit volgens artikel 6.3 van het reglement Allianz Beleggersrekeningen. Voor uw gemak heb ik het reglement voor u bijgevoegd. Het doel van de rebalance is 1 keer per jaar uw Allianz Modelportefeuille weer aan te laten sluiten op uw risicoprofiel (...). Deze service is een onlosmakelijk onderdeel van de Allianz Modelportefeuille en wordt elk jaar automatisch uitgevoerd. Als u deze service niet meer wenst te ontvangen, dan kunt u uw Modelportefeuille natuurlijk ook omzetten naar een Fondsen portefeuille. Wij voeren geen rebalance uit bij een Fondsen portefeuille. Uw financieel adviseur kan u hier meer over vertellen. Uiteraard helpen wij u graag met een eventuele omzetting. (...)”

2.6 Overgelegd is het Reglement Allianz Beleggingsrekening (hierna: het Reglement Beleggingsrekening). Daarin staat:

“(...) 6. Beleggen met de Allianz Beleggersrekening

6.1 Hoe werkt beleggen met de Allianz Beleggersrekening? (...)

- De Stichting zorgt ervoor dat zij steeds zoveel aandelen in de Allianz fondsen of in de Allianz Modelportefeuilles administreert als overeenkomt met het totaal aan aandelen in de Allianz fondsen en Allianz Modelportefeuilles, dat alle rekeninghouders gezamenlijk houden. (...)

6.2 Wij maken een beleggingsprofiel van u

- In de wet staat ook dat wij een beleggingsprofiel van u moeten maken. Dat doen wij met een digitale vragenlijst. Met uw antwoorden bepalen wij of onze dienstverlening bij u past. Als wij denken dat onze dienstverlening niet bij u past, zullen wij u waarschuwen. U kiest vervolgens zelf of u bij ons wilt beleggen. En of u wilt beleggen in de Allianz fondsen of in een Allianz Modelportefeuille. Informatie over onze dienstverlening leest u in Hoofdstuk 6.3 “Wij geven geen beleggingsadvies”. De vragen in de vragenlijst gaan over het volgende:

- Uw kennis van beleggen.
- Uw ervaring met beleggen.
- De hoogte van uw inkomen.
- Hoeveel geld u heeft.
- Het doel dat u met beleggen wilt bereiken.
- Hoeveel risico u wilt lopen met beleggen.
- Hoeveel risico u kunt lopen met beleggen. (...)

- Verandert er iets in uw situatie? Bijvoorbeeld, krijgt u een ander inkomen? Of gaat u trouwen of scheiden. Vul dan de digitale vragenlijst opnieuw in. U vindt deze in uw internetbankieren omgeving. Doe dit ook als u wilt gaan beleggen in andere Allianz fondsen of in een andere Allianz Modelportefeuille.

(...)

6.3 Herverdelen Allianz Modelportefeuilles

Hebt u ervoor gekozen om te beleggen in één van onze Allianz Modelportefeuilles? Dan zorgen wij ervoor dat één keer per jaar de verdeling van de fondsen in de door u gekozen Allianz Modelportefeuille weer wordt aangepast aan de oorspronkelijke (procentuele) verdeling van de Allianz Modelportefeuille. Zo blijft de door u gekozen Allianz Modelportefeuille passen bij uw beleggingsprofiel. (...)

6.4 Wij geven geen beleggingsadvies

- Wij geven u geen advies (...).
- U geeft ons beleggingsopdrachten. En wij voeren uw beleggingsopdrachten uit.
- U bent zelf verantwoordelijk voor uw beleggingsopdrachten. Wij controleren niet of uw beleggingsopdrachten passen bij uw beleggingsprofiel. (...) Dit wordt execution only dienstverlening genoemd. (...)"

3. **Vordering, klacht en verweer**

3.1 Consument vordert vergoeding van de schade die zij heeft geleden als gevolg van de zonder haar toestemming verrichte transacties. Verder heeft Consument in haar brief van 29 juli 2017 de onderstaande vragen opgenomen en verzoekt zij de Commissie die te beoordelen:

1. of Allianz het recht had eenzijdig en tegen de wil van Consument de voorwaarden aan te passen;
2. of Allianz het recht had aandelen te verkopen tegen de uitdrukkelijke wens van Consument zoals uitgesproken in telefoongesprekken en e-mails;
3. om welke reden Allianz, hoewel Consument meermalen had medegedeeld geen aandelen te willen verkopen, die mededeling naast zich heeft neergelegd en toch aandelen heeft verkocht;
4. of Allianz, omdat het formulier niet tijdig was ingevuld, mocht aannemen dat Consument haar aandelen volgens het risicoprofiel wilde herschikken;
5. of een risicoprofiel dat jaren geleden is gemaakt, nooit meer te wijzigen is en
6. of de door Allianz gehanteerde procedure correct was en de communicatie helder.

3.2 Aan haar vordering legt Consument ten grondslag dat Allianz in strijd met haar verplichtingen heeft gehandeld door, in strijd met mededelingen van Consument, aandelen te verkopen en doordat de communicatie van Allianz onvoldoende helder is geweest.

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

4. Beoordeling

- 4.1 Kern van dit geschil is de vraag in hoeverre Allianz zonder voorafgaande toestemming van Consument haar beleggingen mocht verkopen. Hierbij is van belang dat Consument bij Allianz belegde op basis van execution only. Uitgangspunt in een dergelijke beleggingsrelatie is dat effectentransacties op initiatief van de cliënt worden verricht.

Mocht Allianz zonder toestemming van Consument stukken kopen of verkopen?

- 4.2 Partijen verschillen van standpunt over de vraag of Allianz zonder toestemming van Consument beleggingen mocht verkopen. Volgens Consument is haar toestemming daarvoor vereist. Allianz heeft in haar e-mail van 22 december 2016 verwezen naar artikel 6.3 van het Reglement Beleggingsrekening. In die bepaling staat dat Allianz, als het een Allianz Modelportefeuille betreft, de portefeuille door middel van koop en verkoop van stukken mag herbalanceren.
- 4.3 Beoordeeld moet worden of Allianz de portefeuille van Consument heeft mogen behandelen als een Allianz Modelportefeuille met periodieke herbalancering. Naar het oordeel van de Commissie is dat niet het geval. In de brief van 30 mei 2014 stond weliswaar dat de portefeuille zou worden omgezet in een modelportefeuille als Allianz niet uiterlijk op 1 juli 2014 een ingevuld antwoordformulier had ontvangen; Consument heeft echter gesteld dat zij op 30 juni 2014 telefonisch met Allianz heeft besproken dat zij haar aandelen onaangeroerd wilde laten en de markt het werk laten doen en dat een medewerker van Allianz haar toen heeft geadviseerd optie 2 aan te kruisen ('ik wil graag blijven beleggen in Allianz fondsen en geef per jaar niet meer dan vier opdrachten'). Consument stelt dat zij tijdens dit telefoongesprek heeft gezegd dat zij het antwoordformulier pas een paar dagen na 1 juli het formulier zou opsturen en dat de medewerker van Allianz daarop heeft geantwoord dat dit geen probleem was. Uit deze stellingen – die door Allianz niet zijn betwist en daarom zijn komen vast te staan – volgt dat Consument na de brief van 30 mei 2014 haar keuze mondeling en schriftelijk aan Allianz heeft doorgegeven. De portefeuille had dus niet mogen worden omgezet in een Allianz Modelportefeuille.
- 4.4 Hiervoor is geconstateerd dat de portefeuille niet in een Allianz Modelportefeuille had mogen worden omgezet, omdat Consument had gekozen voor optie 2 (zelf blijven beleggen in Allianz-fondsen). Daaruit vloeit voort dat Allianz ook niet gerechtigd was zonder toestemming van Consument beleggingen te verkopen. Door dat te doen is Allianz toerekenbaar tekortgeschoten jegens Consument.

Overige klachtonderdelen

- 4.5 In haar brief van 29 juli 2017 heeft Consument een aantal door de Commissie te beoordelen vragen opgenomen. Op die vragen, voor zover hiervoor nog niet beantwoord, zal de Commissie hieronder ingaan.

Mocht Allianz eenzijdig en tegen de wil van Consument de voorwaarden aanpassen?

- 4.6 In haar klacht schrijft Consument dat Allianz niet eenzijdig, zonder haar toestemming de regels kan wijzigen. Naar de Commissie begrijpt bedoelt Consument hiermee dat Allianz eenzijdig de afspraken met Consument heeft gewijzigd, door zonder haar toestemming over te gaan tot aan- of verkoop van beleggingen.
- 4.7 Dit klachtonderdeel is gegrond. Hiervoor is immers geconstateerd dat het verkopen zonder toestemming van Consument is veroorzaakt door het feit dat Allianz de door Consument opgegeven keuze niet heeft verwerkt en de portefeuille van Consument in plaats daarvan heeft omgezet in een Modelportefeuille met periodieke herbalancerings. Uit de stukken blijkt dat het niet verwerken van die keuze is veroorzaakt door een vergissing. Het is dus niet gebleken dat Allianz gerechtigd was eenzijdig de afspraken met Consument aan te passen.

Toelichting waarom mededelingen van Consument zijn genegeerd

- 4.8 Consument heeft verzocht om een toelichting waarom Allianz de herhaalde mededeling van Consument – dat zij haar beleggingen niet wilde verkopen – heeft genegeerd.
- 4.9 Allianz heeft in haar brief van 19 oktober 2017 toegelicht dat door een vergissing het keuzeformulier van Consument niet is verwerkt. Naar het oordeel van de Commissie is hiermee een korte, maar wel toereikende uitleg gegeven. Dit klachtonderdeel kan verder buiten beschouwing blijven.

Risicoprofiel

- 4.10 Volgens Consument heeft Allianz niet zomaar ervan mogen uitgaan dat Consument haar aandelen volgens het risicoprofiel wilde herschikken, zelfs als zij het antwoordformulier niet zou hebben opgestuurd. Verder legt Consument de vraag voor of een risicoprofiel dat jaren geleden is gemaakt, nooit meer te wijzigen is. Volgens Consument wordt het risicoprofiel door Allianz ten onrechte met de haren erbij gesleept en wordt het oneigenlijk gebruikt, alsof het de dienstverlener een recht geeft.
- 4.11 De Commissie overweegt dat een risicoprofiel kan worden gewijzigd als na verloop van tijd de beleggingsdoelstellingen en risicobereidheid van een belegger veranderen. Voor deze zaak is het risicoprofiel echter vooral van belang voor de vraag of Allianz gerechtigd was uit eigen beweging de portefeuille te herschikken volgens het risicoprofiel door, zonder toestemming van Consument, stukken te kopen of te verkopen. In 4.4 hiervoor is geconstateerd dat Allianz daartoe niet gerechtigd was.

Communicatie

- 4.12 Consument verzoekt de Commissie te beoordelen of de door Allianz gehanteerde procedure correct was en de communicatie met Consument helder.

Naar de Commissie begrijpt wenst Consument beoordeeld te zien of de manier waarop Allianz haar wijze van dienstverlening heeft aangepast toelaatbaar en zorgvuldig was en of Allianz daarover voldoende duidelijk heeft gecommuniceerd.

- 4.13 Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat de door Allianz gevolgde procedure ontoelaatbaar of onvoldoende zorgvuldig was. Een beleggingsonderneming mag de door haar aangeboden diensten in de loop der tijd aanpassen, waarbij wel de eis geldt dat cliënten tijdig en deugdelijk daarover worden geïnformeerd. Verder is niet gebleken dat de communicatie van de kant van Allianz ontoereikend is geweest. De brief van 30 mei 2014 bevat weliswaar veel informatie, maar aan het slot van die brief wordt voor verdere informatie over de nieuwe dienstverlening verwezen naar de website van Allianz en bovendien staat daar dat de cliënt die nog vragen heeft, contact kan opnemen met de cliëntenservice. De slotsom is dat de communicatie alleen in die zin ontoereikend is geweest daar waar de herhaaldelijk door Consument gedane mededeling dat zij geen beleggingen wilde verkopen niet naar behoren door Allianz is genoteerd en ook niet is opgevolgd.

Omvang schade

- 4.14 Consument vordert schadevergoeding. Hierbij is van belang dat Allianz in haar brief van 6 juli 2017 heeft gesteld dat, als het antwoordformulier van Consument correct zou zijn verwerkt, het resultaat op haar beleggingen (afgerond) € 370 hoger had gelegen. Allianz heeft de berekening van dit bedrag toegelicht; in reactie daarop heeft Consument opgemerkt dat zij niet over de gegevens beschikt om de omvang van de schade te berekenen.
- 4.15 De Commissie overweegt dat het dossier onvoldoende gegevens bevat om de schade precies te berekenen. De koersen op basis waarvan Allianz op 6 juli 2017 de schade heeft begroot, zijn immers niet meer actueel. Verder heeft Allianz erop gewezen dat zij begin 2017 heeft getracht met Consument te overleggen over een minnelijke regeling inclusief schadevergoeding zodat de schade, voor zover die tijdens de procedure bij Kifid verder is opgelopen, niet zonder meer aan Allianz kan worden toegerekend. De schade wordt daarom op grond van artikel 6:97 van het Burgerlijk Wetboek geschat en wordt begroot op een bedrag van € 400 en het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen. Omdat Brand New Day de rechtsopvolger van Allianz is, zal hieronder in de beslissing Brand New Day worden vermeld als partij die de schadevergoeding dient te betalen.

5. Beslissing

De Commissie:

- (a) beslist dat Brand New Day, binnen vier weken na de dag waarop deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument een bedrag van € 400 vergoedt; en
- (b) wijst het meer of anders gevorderde af.

Deze uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het reglement.