

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 535
(mr. dr. H.O. Kerkmeester, voorzitter, J.C. Buiten en prof. dr. A. Buijs, leden terwijl
mr. T.R.G. Leyh als secretaris)**

Klacht ontvangen op : 23 juni 2015
Ingediend door : Consument
Tegen : ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam,
verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 7 november 2016
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

De Bank is toerekenbaar tekortgeschoten in haar zorgplicht. Tegenstrijdige antwoorden in vragenlijsten ter bepaling van het profiel hadden de bank er toe moeten leiden navraag te doen bij consument en vanaf dat moment handelend op te treden, mede gelet op de in het verleden gedane onttrekkingen. Als de Bank zich op juiste wijze van haar taak had gekweten, dan had zij naar het oordeel van de Commissie uit dienen te komen bij een defensief profiel. De Commissie hanteert een benchmark ter bepaling van de schade als gevolg van het niet inrichten van de portefeuille op basis van een defensief profiel.

I. Procesverloop

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

- het door de gemachtigde van Consument ingediende klachtformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van de Bank;
- de verklaring van Consument met diens keuze voor bindend advies;
- het na de zitting door de Bank overgelegde overzicht;
- de reactie van de gemachtigde van Consument op voornoemd stuk.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 30 juni 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument, geboren in [..jaartal..], en zijn vrouw, geboren in [..jaartal..], hebben beiden bij de Bank belegd.
- 2.2 Consument was zelfstandig ondernemer en heeft geen pensioen opgebouwd.
- 2.3 Consument heeft bij een rechtsvoorgangster van de Bank in 2000 een overeenkomst tot vermogensbeheer getekend. Uit bijlage 1 bij deze overeenkomst volgt dat Consument een portefeuille wenste over te dragen met een waarde van circa NLG 1,1 mio. Uit bijlage 2 bij de overeenkomst volgt dat de doelstelling van het beheer het realiseren is van vermogensgroei op de lange termijn en dat als asset allocatie het 'RisicoRendementsProfiel P100: Aandelen' in acht genomen wordt. Als uitgangspunten gelden daarvoor:

<i>Beleggingscategorie</i>	<i>Bandbreedte</i>	<i>Neutrale weging</i>
Aandelen	80%-100%	100%
Obligaties	0%-0%	0%
Liquiditeiten	0%-20%	0%

- 2.4 In de periode 2000-2003 hebben zich forse verliezen (circa € 275.000) voorgedaan in de portefeuille van Consument.
- 2.5 In december 2002 heeft Consument een gewijzigde bijlage 2 ondertekend. Erin is opgenomen dat, in afwijking van de eerdere bijlage 2, voor Consument kan worden belegd in afgeleide producten.
- 2.6 In een brief van 22 juli 2004 heeft de Bank Consument meegedeeld dat alternatieve beleggingsinstrumenten deel uit gaan maken van de assetallocatie. Dit heeft tot gevolg dat het profiel van het depot van Consument verandert in profiel 'Zeer offensief (Growth)', aldus de Bank, die verder schrijft:
- *U streeft naar vermogensgroei op de lange termijn en om dit doel te bereiken bent u bereid zeer hoog risico met uw vermogen te lopen. Inkomsten uit vermogen speelt voor u geen rol.*
 - *Uw voorkeur gaat uit naar beleggingen in aandelen, liquiditeiten en alternatieve beleggingen zoals hedgefunds.*
 - *U beseft dat uw vermogen in enkele achtereenvolgende jaren sterk in waarde kan dalen.*

<i>Assetallocatie</i>	<i>Neutrale weging</i>	<i>Minimale weging</i>	<i>Maximale weging</i>
- Aandelen	72%	44%	100%
- Obligaties	0%	0%	0%
- Liquiditeiten	8%	0%	30%
- Alternatieve beleggingen	20%	0%	30%
Totaal	100%		

- 2.7 Op 4 augustus 2004 heeft Consument een vragenlijst ten behoeve van het vaststellen van zijn cliëntprofiel ingevuld en ondertekend. Consument heeft op de lijst aangevinkt overwegend te streven naar vaste inkomsten ('U belegt met als doel de waarde van uw beleggingen te beschermen en daarbij inkomen uit uw vermogen te genereren.') Uit de aan de optelsom van de aan de vragen toegekende punten volgt een totaal behorend bij een neutraal risicoprofiel.
- 2.8 In 2007 heeft Consument opnieuw een vragenlijst ingevuld en ondertekend. Consument heeft aangevinkt dat het overgrote deel van zijn vermogen bij de Bank is belegd, dat zijn huidige inkomen onvoldoende is om in zijn vaste lasten en levensonderhoud te voorzien en zijn vermogen dient om een aanvulling op zijn inkomen te genereren. Als beleggingsdoelstelling heeft Consument algemene vermogensgroei (zonder specifiek doel) aangevinkt. Uit de aan de optelsom van de aan de vragen toegekende punten volgt een totaal behorend bij een offensief risicoprofiel. Consument heeft echter een neutraal risicoprofiel als gewenst opgegeven. Voor dat risicoprofiel gelden de volgende wegingen:

<i>Assetallocatie</i>	<i>Neutraal</i>	<i>min.</i>	<i>max.</i>
- Aandelen	40%	20%	60%
- Obligaties	32%	16%	48%
- Liquiditeiten	8%	0%	30%

- Alternatieve beleggingen	20%	0%	30%
Totaal	100%		

- 2.9 Consument heeft gedurende de periode 2003-2010 jaarlijks aan de portefeuilles onttrekkingen gedaan, van gemiddeld circa € 16.000.
- 2.10 In 2011 is de portefeuille van Consument geliquideerd, waarbij een saldo van € 114.692 resteerde.
- 2.11 De Bank heeft de portefeuille tijdens het beheer ingevuld met verschillende producten, waaronder funds of hedgefunds zoals het Spec. Fund Relative Value en het Spec. Fund Directional.
- 2.12 In november 2013 heeft Consument bericht gekregen van de Bank over het in liquidatie verkerende Specials Fund.
- 2.13 Nadat Consument zich tezamen met zijn vrouw tot Kifid had gewend, is hij er op gewezen dat hij zijn klacht eerst aan de Bank diende voor te leggen. Daarop heeft Consument zich in 2015 bij de Bank beklaagd.
- 2.14 In juni 2015 heeft Consument bericht gekregen van de Bank dat hij nog een liquidatie uitkering ontvangt inzake zijn aandelen in het Specials Fund.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 De Commissie begrijpt dat Consument de schade vordert welke is ontstaan doordat de Bank de portefeuille niet overeenkomstig de werkelijke wensen en behoeften van Consument heeft ingericht.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de grondslag dat de Bank is tekortgeschoten in de uitvoering van het door haar verrichte vermogensbeheer.

Consument voert hiertoe onder meer aan dat het vastgestelde risicorendementsprofiel niet conform zijn situatie destijds was (gezien zijn leeftijd en het niet hebben opgebouwd van een pensioen) en de portefeuille te offensief was ingericht ook gelet op de omstandigheid dat bijna 30% van het vermogen in alternatieve beleggingen was geïnvesteerd. Voorts waren funds of hedgefunds niet bedoeld voor cliënten met een belegd vermogen van minder dan € 1 miljoen en hadden deze dus niet in de portefeuille opgenomen mogen worden. Bovendien is consument onvoldoende geïnformeerd over deze producten.

Daarnaast was er geen adequate opvolging vanuit de Bank bij navraag naar en beëindiging van de portefeuille. Evenmin was er voldoende continuïteit voor wat betreft het accountmanagement.

Verweer van de Bank

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

4. Beoordeling

Aard van de relatie

- 4.1 Tussen partijen heeft een relatie vermogensbeheer bestaan. Aan vermogensbeheer is eigen dat de vermogensbeheerder zijn beheerstaken naar eigen inzicht vervult. Voorts dient de beheerder het aan hem toevertrouwde vermogen te beheren zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beheerder mag worden verwacht. Bij beantwoording van de vraag of het gevoerde beheer aan deze eis heeft voldaan, komt groot belang toe aan de beleggingsdoelstellingen en het vastgestelde risicoprofiel.

Behandelbaarheid van de klacht

- 4.2 De Bank heeft zich beroepen op zowel verjaring in de zin van artikel 3:310 lid I van het Burgerlijk Wetboek (BW) als op de klachtplicht in de zin van artikel 6:89 BW.

Verjaring

- 4.3 De Commissie stelt voor wat betreft het beroep van de Bank op verjaring vast dat een deel van de klacht van Consument ziet op de verliezen geleden in de periode vanaf de aanvang van het beheer in 2000 tot 2003. De forse verliezen welke destijds zijn ontstaan waren de resultante van de sterk neergaande aandelenmarkten, alwaar vrijwel het gehele belegde vermogen van Consument op was geïnvesteerd. Het BW bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Gelet op de omstandigheid dat voorbedeelde schade is ontstaan in 2000, 2001 en 2002 betekent dit dat Consument reeds in of kort na 2003 bekend is geweest met de schade – de op de beleggingen in aandelen geleden verliezen – en ook met de daarvoor aansprakelijk te stellen persoon (namelijk de Bank). De Commissie stelt vast dat Consument door de Bank periodiek middels vermogensrapportages op de hoogte is gesteld van de ontwikkelingen van zijn portefeuille maar dat hij in de vijf jaren volgend op het destijds geleden verlies geen vordering tegen de Bank heeft ingesteld. Nu Consument geen maatregelen heeft getroffen om het verstrijken van de verjaringstermijn te voorkomen concludeert de Commissie dat een op tekortkomingen in het beheer in voornoemde periode gestoelde eis tot schadevergoeding is verjaard.

Klachtplicht

- 4.4.1 De Bank heeft zich tevens beroepen op artikel 6:89 BW. In dit artikel staat dat een schuldeiser (in dit geval: Consument) geen beroep meer kan doen op een gebrek in een prestatie als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar (hier: de Bank) heeft geprotesteerd. Daaruit zou volgens de Bank volgen dat Consument geen beroep meer kan doen op een gebrek in de prestatie van de Bank als vermogensbeheerder.
- 4.4.2 Voor de beoordeling van dit verweer is van belang dat de Hoge Raad in zijn arrest van 8 februari 2013, LJN BY4600 enkele algemene gezichtspunten heeft gegeven voor de toepassing van dit voorschrift in een beleggingsadviesrelatie.

De Hoge Raad overweegt onder andere dat de enkele omstandigheid dat er verlies wordt geleden op de beleggingen niet zonder meer op een tekortschieten van de bank hoeft te wijzen en dus geen reden voor onderzoek van de cliënt behoeft te zijn naar een eventuele schending van de zorgplicht. Verder overweegt de Hoge Raad dat bij de beoordeling van een beroep op artikel 6:89 BW groot gewicht toekomt aan de vraag of de effecteninstelling nadeel lijdt door het tijdsverloop tussen het moment van ontdekking van de tekortkoming en het moment waarop is geprotesteerd. Naar het oordeel van de Commissie kan deze uitleg van artikel 6:89 BW naar analogie worden toegepast op het voorliggende geval, waarin het gaat om een relatie van vermogensbeheer (vergelijk uitspraak nr. 2016-276 van 7 september 2015).

- 4.4.3 Aangezien de Bank niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij nadeel heeft geleden door het feit dat Consument eerst in 2015 de klacht voor het eerst aan haar heeft voorgelegd, verwerpt de Commissie het beroep op artikel 6:89 BW in dit geval. De Bank heeft weliswaar te berde gebracht dat zij in haar bewijspositie is geschaad, maar heeft dat gestelde nadeel enkel betrekking doen hebben op de periode vóór 2003. Nu de vorderingen uit die periode (zie r.o. 4.3) reeds zijn verjaard, heeft de Bank bij die constatering geen belang. Partijen hebben voorts een aanzienlijk aantal documenten ten aanzien van het gevoerde beheer na die tijd overgelegd en bewijskwesaties hebben in het procedurele debat verder geen rol gespeeld.
- 4.4.4 Dat Consument eerst nadat hij de portefeuille had laten liquideren zijn beklag heeft gedaan bij de Bank acht de Commissie voorstelbaar omdat hij zich kennelijk eerst nadien bewust is geworden van mogelijk verwijtbaar handelen van de Bank. Gelet op het voorgaande is niet komen vast te staan dat Consument niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd. De Commissie acht zich dan ook vrij te oordelen over de beweerdelijke tekortkomingen in de dienstverlening van de Bank na 2003 en verwerpt het beroep op te laat klagen.

Toerekenbaar tekortschieten

- 4.5 Uit de na de zitting door de Bank overgelegde informatie maakt de Commissie op dat Consument in de periode 2003-2007 enige jaren positief rendement heeft verkregen op de bij de Bank in beheer gegeven portefeuille. Mocht van enig tekortschieten van de Bank in die periode sprake zijn geweest, dan dient de Commissie het er voor te houden dat daaruit voor Consument geen schade is ontstaan.
- 4.6 Uit de hiervoor onder 2.7 en 2.8 aangehaalde vragenlijsten blijkt dat het beleggingsdoel van Consument de waarde van diens beleggingen te beschermen dan wel vermogensgroei was. Uit de onder 2.8 aangehaalde vragenlijst blijkt dat zijn inkomen in 2007 onvoldoende was om in zijn vaste lasten en levensonderhoud te voorzien en dat het vermogen diende om een aanvulling op zijn inkomen te genereren. Nu de beleggingsdoelstelling in die vragenlijst algemene vermogensgroei zonder specifiek doel was, stelt de Commissie vast dat de beantwoording van de vragen tegenstrijdig is. Aangezien deze antwoorden zich niet met elkaar verhouden had de Bank dit op zijn minst dienen te bemerken en vervolgens navraag bij Consument moeten doen.

Op basis van de door Consument gegeven antwoorden is het namelijk niet goed mogelijk de doelstellingen en verwachtingen van Consument te meten of vast te stellen, hetgeen – zie ook het onder r.o. 4.1 geschrevene – van groot belang is bij het kunnen voeren van een verantwoord beheer.

- 4.7 Op grond van de stellingen van partijen en uitgaande van hetgeen tijdens de mondelinge behandeling is besproken, is de Commissie van oordeel dat de Bank toerekenbaar is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Consument. Het had op haar weg gelegen de hiervoor geconstateerde discrepantie te signaleren en vanaf dat moment handelend op te treden, mede gelet op de in het verleden gedane onttrekkingen.
- 4.8 Als de Bank zich op juiste wijze van haar taak had gekweten, dan had zij naar het oordeel van de Commissie uit dienen te komen bij een defensief profiel hetwelk een assetallocatie kent met een hogere allocatie naar obligaties en een lagere allocatie naar aandelen dan het gehandhaafde, neutrale profiel. De Commissie zal beoordelen of – vergeleken met een benchmark – met een overeenkomstig een defensief profiel aangepaste portefeuille in de periode vanaf 2007 tot het moment van liquidatie ervan in 2011 schade is ontstaan voor Consument.
- 4.9 De Commissie neemt als schade het werkelijk behaald resultaat afgezet tegen een gecombineerde defensieve benchmark bestaande voor 75% uit de Barclays Euro Aggregate Bond TR index en voor 25% uit de FTSE World TR index. Rekening houdend met de onttrekkingen komt het resultaat over de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011 op basis van de benchmark uit op een positief bedrag van ongeveer € 20.000,- terwijl het werkelijk behaald resultaat uitkomt op een negatief bedrag van ongeveer € 10.500. Het verschil is derhalve ongeveer € 30.500. Dit bedrag is aan te merken als schade als gevolg van het niet inrichten van de portefeuille op basis van een defensief profiel.
- 4.10 Gelet op de aard van de tussen partijen geldende relatie ziet de Commissie geen aanleiding op het aldus verkregen bedrag een correctie vanwege eigens schuld zijdens Consument toe te passen.
- 4.11 Aangezien de overige klachtonderdelen niet tot een andere beslissing kunnen leiden, blijven deze buiten beschouwing.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat de Bank binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag van € 30.500.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

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.