

Risicoprofiel en zorgplicht

Wanneer in het koopcontract staat dat uw nieuwe auto in zwart metallic wordt geleverd, is het vreemd als deze niet hoeft worden afgenomen enkel omdat u wel eens noemde dat een rode ook wel leuk zou zijn.

Langs die lijn oordeelde ook het hof in Amsterdam deze zomer in een arrest over de zorgplicht van vermogenbeheerder Theodoor Gilissen Bankiers.

Bij beleggingsdienstverlening door een financiële dienstverlener aan een cliënt wordt onderscheid gemaakt naar de aard van de relatie tussen 'execution-only', advies of vermogensbeheer.

In de praktijk zijn deze vormen lang niet altijd strikt te scheiden en te onderscheiden. De zorgplicht die van financiële dienstverleners mag worden verwacht, verkleurt met het veranderen van de opdrachtrelatie.

Weerbarstiger

Omdat de praktijk weerbarstiger is en zich veelal niet gedraagt volgens 'normaaltypen' is deze gebaat bij heldere uitgangspunten op basis van gedocumenteerde afspraken.

Een verzwaring van de zorgplicht doordat de kaders en afspraken tussentijds (ongemerkt) wijzigen waardoor men niet meer kan afgaan op gemaakte afspraken, is niet aanvaardbaar.

In de hofuitspraak was Theodoor Gilissen door een bedrijf aansprakelijk gesteld voor de geleden schade wegens verlieslatende beleggingsresultaten.

Het bedrijf had een vermogensbeheerovereenkomst gesloten met Theodoor Gilissen, waarin als beleggingsdoelstelling 'een onbelaste vermogensgroei voor de lange termijn' werd afgesproken met een risicoprofiel waarin duidelijk ruimte was voor tussentijdse waardeschommelingen in het vermogen en bovendien geen beperkingen golden voor de markten waarop mocht worden belegd.

Privé-beleggingen

Nadien heeft de bestuurder en enige aandeelhouder van het bedrijf voor zijn privé-beleggingen een gewijzigde beleggingsdoelstelling besproken, waarbij tevens de bankrekeningnummers van het bedrijf werden genoemd, echter zonder dat de vermogensbeheerovereenkomst tussen het bedrijf en Theodoor Gilissen werd gewijzigd.

In lijn met bestaande jurisprudentie gaat het hof uit van een zorgplicht van de vermogenbeheerder, maar komt hier toch niet tot aansprakelijkheid van de bank.

Mijns inziens terecht kent het hof een belangrijke rol toe aan de schriftelijke beheerovereenkomst en vindt dat Theodoor Gilissen redelijkerwijs mocht uitgaan van de instemming van het bedrijf met vermogensbeheer volgens het mandaat van de overeenkomst.

Ook wel leuk

Het bedrijf kan zich er niet naderhand op beroepen dat hij in werkelijkheid iets anders had gewild – de rode is ook wel leuk – dan waarvoor hij heeft getekend.

Het bedrijf voerde aan dat Theodoor Gilissen een expliciete waarschuwingsplicht had voor risico's verbonden aan bepaalde individuele effecten neemt, maar het hof ging hier niet in mee omdat Theodoor Gilissen in de beheerovereenkomst de verantwoordelijkheid was toegeedeeld te beslissen in welke effecten zou worden belegd.

De overweging van het hof in dit verband dat 'effecten in waarde kunnen dalen ten opzichte van de aankooprijzen daarvan en dat het beleggen in effecten het risico van vermogensverlies meebrengt als gevolg van zodanige waardedalingen', leest in het huidige marktklimaat overigens wel als een obiter dictum.

Maar ook hier geldt wellicht, soms kun je niet helder genoeg zijn!

Dennis Mollema is kandidaat-notaris en lid van de Investment Management Group van Stibbe Amsterdam.