

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 305 d.d. 26 oktober 2011

(mr. J. Wortel, voorzitter, de heren G.J.P. Okkema en H. Mik RA, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Samenvatting

Advies tot aankoop van floating rate notes. De consument vordert vergoeding van schade, ontstaan doordat de bank hem ontoereikend heeft voorgelicht over het achtergestelde karakter van deze effecten. Naar het oordeel van de Commissie heeft de bank onvoldoende gewezen op dit kenmerk van de floating rate notes en de bijbehorende risico's. De vordering wordt afgewezen, omdat onvoldoende is gebleken dat de consument bij deugdelijke advisering de floating rate notes niet zou hebben gekocht.

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 verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen op 8 april 2010;
- het antwoord van Aangeslotene van 7 september 2010;
- de repliek van Consument van 22 september 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 29 oktober 2010;
- de pleitnotities van Consument;
- de ter zitting door Aangeslotene overgelegde portefeuilleoverzichten;
- de brief van Consument van 6 maart 2011;
- de brief van Consument van 17 maart 2011; en
- de brief van Aangeslotene van 5 april 2011.

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 2 maart 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Begin 2005 hebben er gesprekken plaatsgevonden tussen Consument en de heer X, beleggingsadviseur bij Aangeslotene. Consument hield destijds al enige jaren bij Aangeslotene een effectenportefeuille aan.

2.2 Op 11 januari 2005 heeft Aangeslotene een beleggingsvoorstel aan Consument gezonden:

“(…) Op 4 januari jongstleden hebben wij met u gesproken over uw vermogen bij de Bank Y en uw belegging in uw effectendepot 0. Afgesproken is om een alternatief te vinden voor uw beide

obligaties, uw liquiditeiten en uw groenfondsbeglegging. Ons voorstel is gevormd op basis van de volgende gegevens:

- Staatslening ca. €33.000,00
- Groenfonds ca. €50.000,00
- Liquiditeiten ca. €75.000,00
- Fortis Lening ca. €12.000,00.

Hiermee komt het totaal te beleggen vermogen in deze portefeuille op circa € 170.000,00. Ons voorstel is om gebruik te maken van beleggingsfondsen via Z en twee individuele obligaties op te nemen. (...)

Momenteel beschikt u over een tweetal obligaties. Omdat de koers van deze obligaties behoorlijk is opgelopen, waardoor het huidig effectief rendement relatief laag is, adviseren wij u winst te nemen en te herbeleggen. Tevens willen wij u op het renterisico wijzen, waarbij er door een eventuele rentestijging koersverlies optreedt. Wij stellen derhalve een zogenaamde Floating Rate Note voor, waarbij de Coupon gekoppeld is aan 10-jaars Staatsobligaties en een opslag hierop geeft. Deze koppeling biedt de mogelijkheid om te profiteren van een eventuele rentestijging. Daarnaast adviseren wij een gedeelte te beleggen in een zogenaamd perpetueel certificaat waardoor u indirect in meerdere perpetuele leningen belegt. Deze belegging geeft een hoge couponrente en is gunstig bij gelijkblijvende en dalende rente. U loopt echter een koersrisico op het moment dat de rente stijgt. (...)

I. Risicoprofiel

(...)

Mede op basis van ons gesprek van 4 januari jongstleden zijn wij voor uw portefeuille gekomen tot een neutraal risicoprofiel.

(...)

4. Invullen beleggingscategorieën

Vastrentende waarden

Wij adviseren u om € 68.000,00 te beleggen in obligaties, en om € 8.500,00 liquide te houden.

(...) *Obligaties*

(...)

Wij adviseren u te beleggen in volgende obligatiefondsen (...):

| | |
|---------------------------------------|-------------------|
| A Fund | € 10.000,00 |
| ING High Yield Obligatie fonds | € 10.000,00 |
| Global Bond Fund | € 10.000,00 |
| Robeco Euro Obligaties Dividend Fonds | € <u>8.000,00</u> |
| Totaal | € 38.000,00 |

Individuele Obligaties

Wij stellen voor € 30.000,00 te spreiden over onderstaande individuele obligaties.

(...)

| | | | |
|--------|---|-------|-------------------|
| Coupon | Obligatie | (...) | Bedrag in € (...) |
| 4,10% | ING Floating Rate Note ¹ | (...) | 15.000,00 |
| 5,90% | ABN AMRO Perpetuele Certificaten ² | (...) | <u>15.000,00</u> |
| | Totaal | | 30.000,00 |

¹ De ING Floating Rate Note Coupon betaalt per kwartaal uit. De coupon geeft tien basispunten boven de 10-jaars Staatsobligatierente.

²ABN Perpetual Certificaat

Dit Certificaat is een mandje van perpetuele leningen. (...) Perpetuals worden vaak uitgegeven door financiële instellingen en hebben over het algemeen een achtergesteld karakter. (...)"

2.3 Consument heeft op 1 maart 2005 floating rate notes ING (hierna: obligaties ING) gekocht voor een bedrag van € 35.436,20 inclusief kosten. Op diezelfde dag heeft hij floating rate notes A gekocht voor een bedrag van € 35.351,17, eveneens inclusief kosten.

2.4 In 2007 heeft Consument participaties gekocht in het Orange European High Dividend Fund (hierna: het B FUND).

2.5 Consument heeft jaarlijks portefeuilleoverzichten ontvangen. De obligaties ING werden daarin aanvankelijk omschreven als “flro ing grp03-13/49”, de obligaties A “flrao Y”. Vanaf 2009 zijn de obligaties ING in de opgaven aangeduid als “flrao ing grp03-13/49”.

2.6 De koers van de obligaties ING en de obligaties A is in de afgelopen jaren aanzienlijk gedaald. In het portefeuilleoverzicht van begin 2011 is voor deze obligaties een marktwaarde vermeld van respectievelijk € 22.110 en € 19.958,00.

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van het op zijn effecten geleden verlies, begroot op € 38.194,94, en dat Aangeslotene wordt bevolen haar cliënten expliciet te wijzen op de onjuistheid van de afkorting “flro ing”, die tot 2009 in haar rapportages is gebruikt. Het gevorderde bedrag bestaat uit verschillende schadeposten: een koersverlies van € 15.675 op de obligaties ING, een koersverlies van € 18.326 op de obligaties A, een bedrag van € 3.570 aan gedeelde rentevergoeding op de obligaties A en ten slotte een bedrag van € 623,94, bestaande uit aankoopkosten voor participaties in het B FUND en verkoopkosten voor participaties in het Postbank Hoog Dividend Fonds (hierna: het Postbankfonds).

3.2 Aan zijn vorderingen legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgekomen in de nakoming van haar verbintenissen jegens Consument. Dit tekortkomen is gelegen in ontoereikende voorlichting; Aangeslotene heeft Consument onvoldoende voorgelicht over het achtergestelde en risicovolle karakter van de geadviseerde obligaties en heeft evenmin regelmatig getoetst of de portefeuille wat het risico betrof afweek van het gekozen profiel, terwijl zij dit bij aanvang had toegezegd. Verder heeft zij, nog voor de aankoop van de obligaties A, medegedeeld dat de rente gelijk zou zijn aan die van tienjaars staatsobligaties met een opslag van 0,4 tot 0,5%, terwijl daarna is gebleken dat deze opslag 0,15% bedraagt. Ten slotte heeft Aangeslotene geadviseerd participaties te kopen in het B FUND en aan- en verkoopkosten in rekening gebracht voor deze transactie; in strijd met artikel 4:19 lid 3 Wft heeft zij daarbij niet vermeld dat dit fonds werd beheerd door een aan haar gelieerde vennootschap, terwijl Consument het advies anders zou hebben beoordeeld als hij dit had geweten.

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

4. Beoordeling

4.1 Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.

4.2 Tussen partijen bestond een adviesrelatie. Voorts heeft Consument onweersproken gesteld dat hij belegde volgens een inkomensgericht beleggingsprofiel. Naar aanleiding van de

klacht dient de Commissie daarom te onderzoeken of Aangeslotene heeft gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend effectenadviseur, met name of zij relevante en correcte informatie over de in de klacht bedoelde obligaties heeft verstrekt. Of Aangeslotene bij het adviseren van Consument aan deze eisen heeft voldaan, is afhankelijk van diverse omstandigheden, zoals het beleggingsprofiel van Consument en de weging van de verschillende soorten effecten in zijn portefeuille.

4.3 De Commissie constateert dat de portefeuille van Consument, in vervolg op het beleggingsvoorstel en gesprekken die hij begin 2005 heeft gevoerd met zijn beleggingsadviseur bij Aangeslotene, voor een aanzienlijk bedrag is belegd in obligaties ING en obligaties A. De Commissie constateert voorts dat zowel de obligaties ING als de obligaties A floating rate notes zijn met een achtergesteld karakter. Achtergestelde obligaties kunnen aantrekkelijk zijn door een hogere coupon, maar hun specifieke eigenschappen brengen mee dat de belegger risico's loopt die onder bepaalde omstandigheden niet onderdoen voor de risico's die zijn verbonden aan beleggingen in zakelijke waarden. Daarom moet van een financiële dienstverlener worden gevergd dat hij een niet-professionele cliënt met een niet-speculatief risicoprofiel, zoals Consument, steeds nadrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk maakt wat de eigenschappen van deze obligaties zijn en dat zij door hun achtergestelde karakter minder zekerheid geven dan vastrentende waarden in het algemeen.

4.4 Aangeslotene heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij deze indringende informatie tijdig aan Consument heeft gegeven. De omstandigheid dat X over obligaties van Bank of Ireland heeft gezegd dat deze achtergesteld waren en dat in de portefeuilleoverzichten de afkorting 'flrao' is gehanteerd, is daarvoor onvoldoende, aangezien Consument uit deze mededelingen niet zonder meer heeft kunnen afleiden dat de geadviseerde obligaties een achtergesteld karakter hadden. Dit wordt niet anders door het e-mailbericht van 7 april 2008 van Aangeslotene met de vermelding 'beide leningen zijn achtergesteld', aangezien dit e-mailbericht meer dan drie jaar na aankoop van de obligaties is verzonden en daarmee niet kan gelden als tijdige informatieverstrekking. Gelet op deze omstandigheden constateert de Commissie dat de informatieverstrekking van Aangeslotene ontoereikend is geweest.

4.5 Er is dus sprake van een tekortkoming, maar daarmee is nog niet gezegd dat de gestelde schade dient te worden vergoed. Een verplichting tot schadevergoeding kan pas ontstaan wanneer het voldoende aannemelijk is dat Consument, indien hij de vereiste informatie had ontvangen, een andere beleggingsbeslissing zou hebben genomen. In dit verband acht de Commissie het van belang dat Consument weliswaar stelt dat hij de obligaties niet zou hebben gekocht als hij van de achterstelling had geweten, maar dat hij onvoldoende feiten en omstandigheden stelt waaruit dit blijkt. Uit de eigen stellingen van Consument en uit het beleggingsadvies van 11 januari 2005 volgt immers dat hij er belang aan hechtte te beleggen in obligaties met een hoger rentetarief dan staatsobligaties. De Commissie constateert voorts dat in het beleggingsvoorstel van 11 januari 2005 werd uitgegaan van een te beleggen vermogen van ongeveer € 170.000, dat daarin werd geadviseerd € 68.000 te beleggen in obligaties, waarvan € 38.000 in diverse obligatiefondsen en € 30.000 in floating rate notes en perpetuums en dat Consument niet inzichtelijk maakt waarom uiteindelijk een aanzienlijk hoger bedrag dan aanvankelijk geadviseerd in floating rate notes is belegd en evenmin in wat voor effecten of andere vermogenswaarden het restant van het te beleggen vermogen van destijds € 170.000 is geïnvesteerd. Ook maakt Consument niet inzichtelijk waarom het achtergestelde karakter van

de geadviseerde obligaties – dat immers vooral gevolgen zal hebben wanneer de emittent van de obligaties niet of minder solvabel blijkt te zijn – een zelfstandige overweging had kunnen zijn bij zijn beslissing tot aankoop van obligaties; de aankoop heeft immers in 2005 plaatsgevonden, terwijl de solvabiliteit van Nederlandse banken, zoals de emittenten van zijn obligaties, eerst als gevolg van de kredietcrisis relevant is geworden. De Commissie acht het daarom niet aannemelijk geworden dat Consument bij deugdelijke advisering, zoals hiervoor bedoeld, niet in obligaties ING en obligaties A zou hebben belegd.

4.6 Aan dit onderdeel van de vordering legt Consument ook ten grondslag dat Aangeslotene heeft toegezegd regelmatig te toetsen of de samenstelling van zijn portefeuille significant afwijkt van het gekozen risicoprofiel; Consument stelt dat Aangeslotene deze verplichting niet heeft nageleefd, doordat zij in 2008 heeft verzuimd hem erop te wijzen dat de obligaties ING en de obligaties A achtergesteld zijn en niet in zijn portefeuille passen. De Commissie overweegt als volgt. Zoals hiervoor onder 4.5 is overwogen, heeft Consument niet toegelicht op grond van welke overwegingen hij in 2005 heeft besloten een aanzienlijk hoger bedrag dan aanvankelijk geadviseerd in obligaties ING en obligaties A te beleggen en evenmin in welke effecten of andere vermogenswaarden het restant van het destijds beschikbare vermogen is geïnvesteerd. Gelet daarop is de stelling dat de portefeuille significant afweek van het risicoprofiel en dat Aangeslotene daarop had moeten wijzen onvoldoende onderbouwd, zodat Consument ook op deze grondslag niet gerechtigd is tot schadevergoeding.

4.7 Gezien het voorgaande komt de eerste schadepost, het koersverlies op de obligaties ING en de obligaties A, niet voor vergoeding in aanmerking.

4.8 Consument heeft voorts gevorderd dat Aangeslotene wordt bevolen haar cliënten expliciet te wijzen op de onjuistheid van de afkorting “firo ing”, die tot in 2009 in haar rapportages is gebruikt. De Commissie overweegt dat zij alleen bevoegd is te oordelen over de informatieverstrekking van Aangeslotene als deze betrekking heeft op een geschil dat aan de Commissie is voorgelegd. Tot het beoordelen van een vordering die ziet op de informatieverstrekking aan alle cliënten van Aangeslotene die in obligaties ING hebben belegd, is de Commissie daarom niet bevoegd, zodat deze vordering zal worden afgewezen.

4.9 Aan de orde is vervolgens de vordering tot vergoeding van € 3.570, de gedeerde rente op de obligaties A. Naar het oordeel van de Commissie stelt Consument onvoldoende specifieke feiten en omstandigheden waaruit volgt dat hij met Aangeslotene heeft afgesproken dan wel gerechtvaardigd erop heeft mogen vertrouwen dat de rente op deze obligaties gelijk zou zijn aan de rente op tienjaars obligaties, vermeerderd met een opslag van 0,4 tot 0,5%. Consument stelt alleen dat hij, tijdens een telefoongesprek voorafgaand aan de aankoop van de obligaties, met X heeft gesproken over het beleggen van een bedrag van € 50.000 in ‘Robeco Multi Market’, € 25.000 in obligaties ING en € 25.000 in obligaties A, dat hij heeft gevraagd ‘dus over de helft is er een rendement van een lange lening plus 0,4 a 0,5%?’ en dat X daarop met ‘ja’ heeft geantwoord. Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit deze door Consument geciteerde bewoordingen niet zonder meer dat X heeft moeten begrijpen dat deze vraag betrekking had op zowel de obligaties A als de obligaties ING. Evenmin stelt Consument dat hij ten tijde van de advisering en de aankoop van deze obligaties stukken van Aangeslotene heeft ontvangen waaruit hij heeft mogen opmaken dat een opslag van 0,4 tot 0,5% werd gehanteerd. Dit onderdeel van de vordering zal daarom worden afgewezen.

4.10 Ten slotte vordert Consument een bedrag van € 623,94, bestaande uit aankoopkosten voor participaties in het B FUND en verkoopkosten voor participaties in het Postbank-fonds. Consument stelt dat Aangeslotene had behoren te melden dat het B FUND een huisfonds was; hij leidt dit af uit artikel 4:19 lid 3 Wft, dat voorschrijft dat het commerciële oogmerk van de door een financiële onderneming verstrekte informatie als zodanig herkenbaar is. Consument heeft echter niet toegelicht op welke wijze het B FUND onder zijn aandacht is gebracht en welke mondelinge en/of schriftelijke informatie hij in dit verband van Aangeslotene heeft ontvangen; evenmin heeft hij stukken overgelegd waaruit dit blijkt. Gelet daarop acht de Commissie dit onderdeel van de vordering onvoldoende onderbouwd en komt deze schadepost niet voor vergoeding in aanmerking.

4.11 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat al de vorderingen van Consument moeten worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vorderingen 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.