



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-112 d.d. 5 april 2012

(mr. C.E. du Perron, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en de heer R.H.G. Mijné, leden en mr. B.C. Donker, secretaris)

Samenvatting

De Bank is op het punt van voorlichting in haar zorgplicht jegens Consument tekortgeschoten, daar niet is vast komen te staan dat de Bank Consument voldoende uitgebreid heeft geïnformeerd over de producteigenschappen en risico's van de obligatie. De door Consument geleden schade is echter het gevolg van het debiteurenrisico dat bij Consument bekend was en de Bank niet kan worden aangerekend. Van de door Consument gestelde garantie, die door de Bank zou zijn toegezegd en bij faillissement soelaas zou bieden, is de Commissie niet gebleken. Vordering afgewezen.

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, ontvangen op 9 september 2010;
- de aanvulling op het verzoek, ontvangen op 9 februari 2011;
- het antwoord van Aangeslotene van 21 maart 2011;
- de repliek van Consument van 5 april 2011, inclusief de brief van Consument d.d. 8 maart 2011;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 3 mei 2011;
- de ter zitting door Consument overgelegde pleitnotitie.

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.

De Commissie constateert dat Consument aanvankelijk in het verzoek tot geschilbeslechting heeft medegedeeld dat hij instemt met een niet-bindend advies. Vervolgens heeft Consument in de verklaring van 15 november 2010 bevestigd dat hij instemt met bindend advies. Gelet daarop constateert de Commissie dat beide partijen haar advies als bindend aanvaarden.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 11 oktober 2011. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 In 2003 is Consument een effectenbemiddelingsovereenkomst aangegaan met Aangeslotene. Daarbij is het beleggingsprofiel vastgesteld op "neutraal", met een



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- assetverdeling van: vastrentend minimaal 40%, maximaal 60%, zakelijke waarden minimaal 40%, maximaal 60% en liquiditeiten van minimaal 0% en maximaal 20%.
- 2.2 In juni 2005 heeft Aangeslotene Consument in het kader van risicospreiding geadviseerd obligaties Lehman Brothers 2005-17.05.35 VRN (verder "Lehman obligaties") aan te schaffen. Consument heeft vervolgens voor een bedrag van € 100.452,48 (nominaal € 100.000,-) Lehman obligaties aangekocht. De totale portefeuille van Consument had vervolgens op 30 juni 2005 de volgende assetverdeling:
- vastrentende waarden € 185.480,00 (18,90%)
 - zakelijke waarden € 346.854,15 (35,34%)
 - liquiditeiten € 449.032,30 (45,76%)
- 2.3 Op 15 september 2008 heeft Lehman Brothers Holding Inc. surseance van betaling aangevraagd in de Verenigde Staten. Op 19 september 2008 is in Nederland aan Lehman Brothers Treasury Co. B.V. surseance van betaling verleend, waarna zij op 8 oktober 2008 in staat van faillissement is verklaard.
- 2.4 In oktober 2009 heeft Aangeslotene namens Consument een *proof of claim* ingediend in het faillissement van Lehman Brothers Holding Inc.

3 Geschil

- 3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag van € 114.452,48, zijnde het aankoopbedrag van de Lehman obligaties alsmede de jaarlijkse couponrente over 2008 en 2009.
- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
- Aangeslotene heeft in 2005 obligaties geadviseerd die niet passen binnen het beleggingsprofiel van Consument;
 - Aangeslotene heeft bij het adviseren Consument onvoldoende geïnformeerd over de producteigenschappen van de Lehman obligaties. Bij volledige wetenschap van de productkenmerken en daarbij behorende risico's zou Consument de obligaties niet hebben aangekocht;
 - Aangeslotene heeft bij Consument tijdens het adviesgesprek in 2005 de indruk gewekt dat de hoofdsom gegarandeerd zou zijn, hetgeen niet het geval bleek te zijn;
 - Aangeslotene is tekortgeschoten in haar verplichting Consument te waarschuwen in verband met de verslechterde situatie bij Lehman Brothers.
- 3.3 Aangeslotene heeft 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 en hetgeen door hen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht, overweegt de Commissie als volgt.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- 4.1 De Commissie stelt allereerst vast dat haar niet is gebleken dat in deze van de door de Aangeslotene gestelde rechtsverwerking sprake zou zijn. De feiten waarover wordt geklaagd liggen niet in een te ver verleden. Consument is dan ook ontvankelijk in zijn klacht.
- 4.2 De Commissie stelt vast dat tussen partijen een adviesrelatie bestaat. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger beslissingen neemt over het al dan niet uitvoeren van transacties na een verkregen advies van een beleggingsadviseur van de instelling met wie hij een beleggingsrelatie onderhoudt. Omdat de belegger in een adviesrelatie uiteindelijk zelf de beslissingen neemt, is hij in beginsel zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van die beslissingen. Dit kan slechts anders zijn als komt vast te staan dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt.
- 4.3 Bij het onderzoek naar de deugdelijkheid van het gegeven advies stelt de Commissie vast dat haar niet is gebleken dat de door Aangeslotene geadviseerde Lehman obligaties gelet op de aard en omvang niet binnen het beleggingsprofiel en daarmee binnen de portefeuille van Consument zouden hebben gepast. De Commissie verwijst hierbij onder andere naar haar eerdere jurisprudentie op dit punt waarin de mate waaraan een portefeuille aan het debiteurenrisico geconcentreerd in één instelling of debiteur blootgesteld mag worden, is bepaald. De Commissie is dan ook van oordeel dat Aangeslotene ter zake het advies om Lehman obligaties aan te kopen geen verwijt treft.
- 4.4 Aan de orde is vervolgens het verwijt dat Aangeslotene Consument onvoldoende heeft geïnformeerd over de producteigenschappen van de Lehman obligaties en de daaraan verbonden risico's. Aangeslotene betwist dit en stelt dat Consument onder andere via de effectenbemiddelingsovereenkomst op het risico dat zich thans verwezenlijkt heeft, namelijk het debiteurenrisico, is gewezen. Aangeslotene stelt zich voorts op het standpunt dat het, mede gelet op de rating ten tijde van de uitgifte en het feit dat de hoofdsom gegarandeerd was, hier een solide product betrof. Daarbij voert Aangeslotene aan dat zelfs vlak voordat in september 2008 de *chapter II*-procedure van toepassing werd verklaard op Lehman Brothers, laatstgenoemde nog een A+ rating kende en derhalve de kredietwaardigheid nog ruim voldoende tot goed werd beoordeeld. Er was daarmee geen aanleiding Consument te waarschuwen. Naar het oordeel van de Commissie is de Aangeslotene op het punt van voorlichting in haar zorgplicht jegens Consument tekortgeschoten nu het hier een complex beleggingsproduct betreft en niet is vast komen te staan dat Aangeslotene Consument voldoende uitgebreid heeft geïnformeerd over de producteigenschappen en de verschillende risico's van dit complexe beleggingsproduct. Deze toerekenbare tekortkoming leidt in deze zaak echter niet tot een schadevergoedingsverplichting aan de zijde van Aangeslotene. De Commissie heeft in dat kader vastgesteld dat het risico dat zich thans verwezenlijkt heeft, het zogenaamde debiteurenrisico, een risico betreft dat bij Consument bekend was en dat dit risico daarnaast ook niet voortvloeit uit de specifieke complexe aard van dit beleggingsproduct. Een 'normale' bankobligatie van Lehman Brothers zou namelijk hetzelfde resultaat voor Consument



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- hebben opgeleverd. Hetgeen in het ordergesprek voorafgaand aan de aankoop van de Lehman obligaties in juni 2005 is besproken, doet derhalve niet ter zake.
- 4.5 De Commissie is wat betreft de stelling van Consument dat hij, zakelijk weergegeven, gelet op de uitlatingen van de Aangeslotene ervan mocht uitgaan dat in deze sprake zou zijn van een speciale garantie die ook in het geval van faillissement soelaas zou bieden, van oordeel dat haar in deze hiervoor onvoldoende aanknopingspunten zijn gebleken. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat Consument heeft kunnen begrijpen dat bij een faillissement van de garantieverstrekker de garantie geen tot weinig waarde zou hebben. Dit verwijt van Consument treft dan ook geen doel.
- 4.6 Wat betreft het verwijt van Consument jegens Aangeslotene ten aanzien van het niet voldoen aan haar waarschuwingsverplichting is de Commissie in lijn van haar eerdere uitspraken dienaangaande van oordeel dat, gelet op de beoordeling die *rating agencies* aan Lehman Brothers zijn blijven toekennen tot aan de dag waarop zij uitstel van betaling aanvraag, moet worden aangenomen dat die gebeurtenis zelfs voor een professionele instelling als Aangeslotene niet te voorzien was en derhalve Aangeslotene ook niet aangerekend kan worden.
- 4.7 Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat de vordering van Consument dient te worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering 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.