

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-285
(prof. mr. drs. M.L. Hendrikse, voorzitter, prof. dr. A. Buijs en J.C. Buiten, leden en
mr. R.P.W. van de Meerakker, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 22 december 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : Volksbank N. V, h.o.d.n. .SNS Bank N.V, gevestigd te
Utrecht, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 7 mei 2018
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Consument heeft geklaagd over een perpetuele obligatie. Deze klacht volgt op een eerdere procedure bij de Ombudsman in 2010 over een ander onderdeel van dezelfde beleggingsportefeuille. De Commissie oordeelt dat Consument zodoende in 2010 bekend had kunnen zijn met de risico's en dat de nadien ingetreden verliezen voor zijn eigen rekening blijven.

I. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank.

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

Partijen zijn opgeroepen voor een comparitiezitting op 22 juni 2017 en zijn aldaar verschenen.

Na deze comparitiezitting is besloten de zaak op stukken voor te leggen aan de Commissie in meervoudige samenstelling. De zaak is door de Commissie op basis van de stukken beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1. Op 10 december 2004 heeft de Bank een beleggingsvoorstel uitgebracht aan Consument. Het te beleggen vermogen bedroeg op dat moment circa € 100.000,-. Een deel daarvan was ondergebracht in een vastrentende waardenportefeuille bij de Effectenlijn van de Bank. Daarbinnen belegde Consument zelfstandig. Deze portefeuille was als volgt vormgegeven:

Obligaties binnenland				
BNKBR 6,5 % ABN AMRO 97-17	40.000,00	NLG	121	21.962,96
ACEOB 6,25 % SNS BANK 97-09	45.000,00	NLG	111,44	22.756,17
OBL 5,875 % ALBERT HEIJN EB 97-07	40.000,00	NLG	105,15	19.086,00
Obligaties buitenland, Amsterdam genoteerd				
OBL 6,25 % OCE EB 97-07	10.000,00	NLG	105,8	4.800,99
OBL 5,25 % RABOBANK NEDERLAND 98-13	35.000,00	NLG	111,2	17.661,13
	TOTAAL			86.267,25

- 2.2. Gewenst werd deze portefeuille onder te brengen binnen Effectenadvies van de Bank.
- 2.3. Uit het beleggingsvoorstel volgt dat het te beleggen vermogen dient als inkomensaanvulling. De Bank heeft op basis van de uitgangspunten een gematigd defensieve portefeuille voor Consument samengesteld. Daarbij werd beoogd 100% van de te beleggen middelen te beleggen in vastrentende waarden.
- 2.4. In het beleggingsvoorstel werd voor een bedrag van € 36.500,- een nieuwe bestemming gezocht. Van dit bedrag werd voor € 22.000,- belegd in een perpetuele achtergestelde obligatie van de Franse verzekeraar AXA met ISIN code XS0179060974. Het resterende bedrag werd belegd in obligaties Hybrid Raisin GMBH.
- 2.5. Consument heeft eerder geklaagd over de obligaties Hybrid Raisin GMBH. In die zaak heeft de Ombudsman Financiële Dienstverlener in 2010 tussen Consument en de Bank bemiddeld.
- 2.6. In 2013 boekte Consument de effectenportefeuille over naar een beleggingsrekening op basis van execution only bij de Bank.
- 2.7. In juni 2016 is de effectenportefeuille overgeboekt naar Alex.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1. Consument vordert een vergoeding van de door hem geleden schade en een verklaring voor recht dat de Bank hen, gelet op het beleggingsprofiel, nooit had mogen adviseren om te beleggen in perpetuele obligaties.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Consument stelt dat hij in 2004 de AXA 2013/perp op advies van de Bank heeft gekocht. De Bank heeft hem bij aanvang, noch gedurende de looptijd geadviseerd dan wel verteld dat dit een risicovol product betrof. Dit heeft Consument opgehaakt uit de media-aandacht die de afgelopen jaren is ontstaan voor perpetuele obligaties. Daaruit heeft Consument opgehaakt dat deze producten risicovol zijn en om die reden veelal opgenomen worden in offensieve beleggingsprofielen. Naar de mening van Consument passen dergelijke producten niet in een defensieve portefeuille zoals door de Bank voor Consument zou worden samengesteld. Consument leidt daaruit af dat de Bank hem niet juist heeft geadviseerd en heeft nagelaten om hem daarover tussentijds te informeren. Zodoende heeft de Bank de door haar jegens Consument in acht te nemen zorgplicht geschonden.

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

- 4.1. De Commissie stelt vast dat tussen partijen een overeenkomst van beleggingsadvies bestond. In dergelijke relaties rust volgens vaste rechtspraak op de Bank als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener een bijzondere zorgplicht jegens particuliere beleggers als Consument.
- 4.2. De Commissie merkt op dat deze zorgplicht vanwege de risicovolle aard van het aangekochte product in twee onderdelen uiteenvalt. Ten eerste bestaat voor de Bank een verplichting voor de aankoop van een perpetuele obligatie te waarschuwen voor de eigenschappen en specifieke risico's die aan deze obligatie zijn verbonden. Zie Hof Den Bosch, 14 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2346, r.o. 3.12.3 en CvB Kifid, nr. 2014-024, ov. 4.5.

Tentweede rust op de Bank in haar relatie tot Consument als beleggingsadviseur de plicht de portefeuille in te richten conform de uitgangspunten die zij met Consument is overeengekomen. Die uitgangspunten zijn neergelegd in het beleggingsvoorstel uit 2004. Gekozen werd voor een (gematigd) defensieve portefeuille.

4.3. Naar het oordeel van de Commissie kan het antwoord op de vraag naar het bestaan van een zorgplichtschending in het midden blijven. Zelfs wanneer deze schending zou worden aangenomen, heeft te gelden dat Consument geen voor vergoeding in aanmerking komende schade geleden heeft. Naar het oordeel van de Commissie heeft Consument, ten minste vanaf het moment waarop hij zijn beklag deed bij de Ombudsman in 2010, de risico's van koersstijgingen en dalingen bewust aanvaard en daarmee komen de eventueel nadien ingetreden beleggingsverliezen voor zijn rekening. Naar het oordeel van de Commissie leiden deze omstandigheden niet alleen tot een vermindering, maar tot een verval van de vergoedingsplicht naar de maatstaf van artikel 6:101 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Zie onder meer CvB Kifid 2018-002 overweging 3.3.2; HR 23 november 1990, HR 28 september 1990, NJ 1992/619 en HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, m.nt. C.J.H. Brunner (Taams/Boudeling) NJ 1997/592.

4.4. De Commissie concludeert derhalve dat de vordering wordt afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

De 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.