



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 224
d.d. 23 september 2011**

(mr. C.E. du Perron, voorzitter, en H. Mik RA en R.H.G. Mijné, leden)

Samenvatting

Adviesrelatie. Advies tot aankoop van perpetuïals. De consument stelt dat de bank bij haar advies onvoldoende rekening heeft gehouden met zijn wens om over ongeveer acht jaar te stoppen met werken en dat zij gelet daarop geen perpetuïals had behoren te adviseren. Naar het oordeel van de Commissie is deze klacht gegrond. De vordering wordt gedeeltelijk toegewezen.

I. Procedure

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

- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen op 8 januari 2010;
- het antwoord van Aangeslotene van 30 augustus 2010;
- de repliek van Consument van 23 september 2010; en
- de dupliek van Aangeslotene van 28 oktober 2010.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 16 februari 2011.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 In 2006 heeft Consument wegens ontslag een gouden handdruk van € 200.000 ontvangen. Hij heeft besloten een gedeelte van dit bedrag onder te brengen in een stamrechtvennootschap, geheten X B.V. (hierna: X).



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

2.2 Begin 2006 heeft Consument thuis een gesprek gevoerd met de heren Y, kantoordirecteur bij Aangeslotene, en Z, beleggingsadviseur bij Aangeslotene. In vervolg daarop heeft Aangeslotene op 7 februari 2006 aan Consument een beleggingsvoorstel toegezonden met de volgende inhoud:

“(…) Aansluitend op het aangename gesprek dat de heer Z en de heer Y met u op 24 januari 2006 hebben gehad, doen wij u onderstaand beleggingsvoorstel toekomen. (…)

A: Uw persoonlijke uitgangspunten en doelstellingen

- (…)
- De beleggingen vinden plaats (…)
- Doelrisicoprofiel: In stand houden van het vermogen en het genereren van extra inkomsten.
- Uw beleggingshorizon is circa 10 jaar
- Uw Beleggersprofiel is: “Defensief”. Een nadere specificatie van het defensieve profiel hebben wij voor u uitgewerkt op de volgende pagina onder punt B.
- U heeft weinig affiniteit met beleggen.
- Ons beleggingsadvies heeft als uitgangspunt “adviserend beheer”. Dit houdt in dat u te allen tijde eindverantwoordelijk blijft voor het resultaat. Ook zullen wij altijd uw persoonlijke toestemming vragen, voordat een beurstransactie voor u wordt uitgevoerd. (…)

B: Beleggingsvoorstel

Op basis van de eerdergenoemde uitgangspunten (…)

(…)

Beleggingsvormen	(…) Benchmark	Toegestane Bandbreedte	Voorstel (…)
Aandelen	20%	15-35%	0%
Vastgoed	5%	0-10%	0%
Obligaties	75%	65-85%	87%
Liquiditeiten	0%	0-10%	13% (…)

(…)

OBLIGATIES

Perpetuele obligaties (algemeen)

Perpetuele obligaties zijn obligaties waarvan de aflooptdatum niet vaststaat. Bij de meeste perpetuele obligaties heeft de debiteur het recht om na 5 of 10 jaar de lening af te lossen á 100%. Of dit recht door de debiteur wordt uitgeoefend is afhankelijk van de markt-omstandigheden (…). Vervolgens mag de debiteur alsnog elk volgend jaar op de rentedatum de lening á 100% aflossen.

Wanneer een perpetuele lening achtergesteld is, betekent dit dat bij faillissement van de debiteur het obligatiekapitaal gelijk wordt gesteld aan het aandelenkapitaal.

Verder is bij deze obligaties van toepassing dat de debiteur geen rente hoeft uit te keren indien er geen dividend aan de aandeelhouders is betaald.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Echter zodra de dividendbetalingen worden hervat, moet de achterstallige rente worden uitbetaald (...). Voor het stukje extra risico (...) wordt een hogere rente vergoed dan bij gewone obligaties. Bij de Floating Rate obligaties wordt de coupon ieder kwartaal aangepast aan de dan geldende 10-jaarsrente met een kleine opslag. Bij de Steepeners geldt de eerste jaren een vaste hoge coupon met daarna een rentevergoeding die volgens een bepaalde formule berekend wordt maar altijd met een minimum en een maximum.

Bij de samenstelling van uw obligatieportefeuille hebben wij leningen geselecteerd op basis van een zo hoog mogelijk effectief rendement (...). Op basis van de huidige rentestand en verwachtingen prefereren wij op dit moment een obligatiebezit in individuele obligaties met een perpetuele (eeuwigdurend) karakter.

Invulling obligatieportefeuille

Naam debiteur	(...)	Te beleggen bedrag
Royal Bank of Scotland (perpetual, non-cum.)*	(...)	€ 30.000
Axa (Floater)**	(...)	€ 30.000
Aegon (Floating Rate Note)***	(...)	€ 30.000
Deutsche Bank (Steepener)****	(...)	€ 20.000
Rabobank Nederland steepener*****	(...)	€ 20.000
Totaal:		€ 130.000.

* De Royal Bank of Scotland (Perpetual, Non Cumulatief) keert tot 31 december 2009 een vaste coupon uit. (...) Deze lening is vanaf 2009 mogelijk vervroegd aflosbaar.

** Deze AXA (Floating Rate Note, Achtergesteld, cumulatief) lening keert per kwartaal een variabele couponrente uit. (...) De lening is vanaf 2 december 2008 naar keuze van AXA vervroegd aflosbaar.

*** Deze Aegon (Floating Rate Note) lening kent een variabele coupon (...). De lening is vanaf 15 juli 2014 naar keuze van Aegon vervroegd aflosbaar tegen 100%.

**** De Deutsche Bank (Achtergestelde Steepener, non cumulatief) keert tot 28 januari 2010 6% uit. (...) De lening is vanaf 28 januari 2010 naar keuze van de Deutsche Bank vervroegd aflosbaar tegen 100%.

***** De Rabobank Nederland (Steepener) obligatie keert de eerste 5 jaar 6% rente uit. (...) Bij deze lening mag de Rabobank om de 5 jaar overgaan tot vervroegde aflossing."

2.3 Consument heeft het beleggingsvoorstel besproken met een fiscaal jurist en naar aanleiding daarvan het volgende aan Y gemaaild:

"Kunt u aangeven wanneer er voor ons koersrisico ontstaat bij de door u voorgestelde constructie. Of te wel, wanneer lopen wij het risico dat ons belegd vermogen minder wordt. Is dat alleen bij verkoop ivm verkrijgen liquide middelen of kan dat ook al tussentijds gebeuren? Als dat zo is, worden wij dan automatisch geïnformeerd door u?"



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Bij e-mail van 7 april 2006 heeft Y geantwoord:

“Het risico zit in de tussentijdse rente en debiteurenrisico.
In principe mag u ervan uitgaan dat zowel de bank als u de portefeuille zoveel mogelijk bewaakt. Dit is uiteraard geen garantie dat wij bij elke beweging direct kunnen reageren.”

2.4 Op 24 november 2006 heeft wederom een gesprek van Consument met Aangeslotene plaatsgevonden. Op diezelfde dag heeft Aangeslotene aan de hand van een vragenlijst, overgelegd als bijlage I bij het verweerschrift, het beleggersprofiel van X vastgesteld op defensief.

2.5 In vervolg op het gesprek van 24 november 2006 heeft Z op 10 januari 2007 aan Consument geschreven:

“(…) Gaarne uw akkoord voor het uitvoeren van het door ons besprokene per 24-11 nl de belegging in de Beheer BV (…).

Ons voorstel zou definitief inhouden;

kopen;

Eur. 65.000,- Fof50 (neutraal) de uitkerende versie

eur. 30.000,- Floater Axa

eur. 30.000,- Floater Agn

eur. 25.000,- 5,5% Royal Bank of Scotland

eur. 25.000,- 6% Perpetuals Eureko

eur 25.000,- 6,0% Steep Deutsche Bank

Totaal eur 200.000,- en deze invulling geeft een defensief profiel. (…).”

Consument heeft deze e-mail diezelfde dag beantwoord:

“(…) uitgaande dat dit is afgesproken en op dit moment nog steeds (voor ons) de beste oplossing is, akkoord (…).”

2.6 Op 11 januari 2007 heeft Aangeslotene voor X obligaties Aegon, Eureko, RBS, AXA en Deutsche Bank gekocht met een nominaal bedrag van respectievelijk € 34.000, € 25.000, € 24.000, € 33.000 en € 26.000. Verder heeft Aangeslotene voor € 59.000 participaties gekocht in het Fortis Personal Portfolio Fund of Funds Neutraal P50 (hierna: het Fund of Funds).

2.7 Consument heeft een klacht ingediend bij Aangeslotene en vervolgens bij de Ombudsman. In vervolg op het oordeel van de Ombudsman van 12 oktober 2009 heeft Aangeslotene op 1 december 2009 een schikkingsvoorstel gedaan, dat mondeling met Consument is besproken.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot schadevergoeding. De te vergoeden schade bestaat uit het gehele verlies dat op de portefeuille van X is geleden, althans een zodanig bedrag dat Consument slechts een verlies van € 12.000 op deze portefeuille lijdt. Tot de schade rekent Consument ook het verlies dat na het gesprek van begin 2008 met Z op de bedoelde portefeuille is geleden, althans al het na 16 juli 2008 geleden verlies. Voorts vordert Consument vergoeding van advocaatkosten.

3.2. Aan zijn vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen door hem een advies te geven dat onvoldoende overeenkwam met zijn wens om ongeveer acht jaar later te stoppen met werken en het belegde bedrag van € 200.000 dan aan te spreken als overbrugging naar AOW en pensioen. Ook heeft Aangeslotene Consument ontoereikend voorgelicht over de aard van de belegging en de bijbehorende risico's; Visscher heeft gezegd dat er nauwelijks risico zat aan de geadviseerde obligaties, anders dan in geval van oorlog of faillissement, terwijl dit later onjuist is gebleken. Verder heeft Aangeslotene nagelaten Consument tijdens de looptijd van de overeenkomst te adviseren, terwijl dat wel was afgesproken.

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 is niet in geschil dat Aangeslotene gehouden was Consument te adviseren over de voor X aan te kopen effecten en dat in zoverre sprake was een relatie van effectendienstverlening op basis van advies (hierna: adviesrelatie). Daarbij kan in het midden blijven of Aangeslotene – zoals Consument heeft gesteld en Aangeslotene heeft betwist – gehouden was tijdens de looptijd van de overeenkomst uit eigen beweging advies te verstrekken. De aansprakelijkheid van Aangeslotene kan immers, zoals uit het hierna overwogene zal blijken, worden beoordeeld aan de hand van het bij aanvang, in het beleggingsvoorstel van 7 februari 2006 gegeven advies.

4.3 De Commissie overweegt dat in een adviesrelatie de adviseur jegens zijn cliënt de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen en meer in het bijzonder dient te handelen zoals een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur betaamt. Dat houdt



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

onder meer in dat de adviseur zorgvuldig dient na te gaan wat de doelstellingen van de cliënt zijn en of deze doelstellingen te verenigen zijn met de verdere eisen die de cliënt aan de beoogde beleggingen stelt. De Commissie zal dan ook onderzoeken of het advies van Aangeslotene aan deze eisen voldoet.

4.4 Consument vordert vergoeding van het verlies dat is geleden op de gehele portefeuille van X, zodat zijn vordering ook betrekking heeft op de belegging in het Fund of Funds. De Commissie constateert evenwel dat Consument geen feiten of omstandigheden stelt waaruit volgt dat Aangeslotene, door hem deze belegging te adviseren, is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de adviesrelatie. Gelet daarop zal de vordering, voor zover deze betrekking heeft op de belegging in het Fund of Funds, als onvoldoende onderbouwd worden afgewezen.

4.5 Vervolgens is aan de orde of Aangeslotene gehouden is tot vergoeding van het verlies op de in overweging 2.6 genoemde obligaties. Tegen dit onderdeel van de vordering voert Aangeslotene aan dat de portefeuille overeenkomt met het beleggersprofiel: de verdeling in verschillende soorten beleggingen heeft zich steeds bewogen binnen de bandbreedten van het beleggersprofiel, terwijl uit het profiel bovendien blijkt dat de beleggingshorizon langer dan zes jaar is en een beperkt risico acceptabel en dat Consument naar een rendement van 7 tot 8% streefde. Verder wijst Aangeslotene erop dat Consument het beleggingsvoorstel heeft overdacht en met een fiscalist besproken, dat het beleggingsvoorstel vervolgens is aangepast en dat de obligaties pas daarna zijn aangekocht.

4.6 Naar het oordeel van de Commissie gaat Aangeslotene met dit verweer voorbij aan de kern van de klacht van Consument, namelijk dat zij heeft geadviseerd de portefeuille grotendeels te vullen met perpetuele obligaties, die geen verplicht tijdstip van aflossing kennen, terwijl Consument ongeveer acht jaar later wilde stoppen met werken. In dit verband stelt Consument dat er, nadat hij het bedrag van € 200.000 als gouden handdruk had ontvangen, verschillende mogelijkheden waren om dit bedrag aan te wenden – direct afrekenen met de fiscus, onderbrengen in een lijfrente en beleggen via een stamrechtvennootschap – en dat hij heeft gekozen voor beleggen via een stamrechtvennootschap omdat hij van plan was ongeveer acht jaar later te stoppen met werken en het belegde bedrag dan wilde aanspreken als overbrugging naar zijn pensioen. Consument stelt voorts dat hij dit laatste aan de orde heeft gesteld in het gesprek van begin 2006 met Y en Z. Aangeslotene heeft deze stellingen niet gemotiveerd betwist, zodat dit is komen vast te staan.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

4.7 De Commissie constateert voorts dat de overgelegde vragenlijst ter vaststelling het beleggersprofiel niet de door Consument gegeven antwoorden vermeldt, maar alleen de punten die daaraan zijn toegekend. Door Aangeslotene zijn ook geen andere stukken overgelegd waaruit blijkt dat zij aan Consument voldoende precieze vragen heeft gesteld om zijn doelstellingen te achterhalen en dat zij, bij het adviseren over de inrichting van de portefeuille, ermee heeft gerekend dat Consument ongeveer acht jaar later wilde stoppen met werken en het belegde bedrag dan wilde gebruiken als overbrugging naar zijn pensioen. Gelet daarop oordeelt de Commissie dat Aangeslotene bij haar advisering over de inrichting van de portefeuille onvoldoende de doelstellingen van Consument in acht heeft genomen. Daarmee is zij tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de adviesrelatie en in beginsel aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade.

4.8 Als verweer voert Aangeslotene aan dat Consument op de hoogte was van de risico's van de aangekochte obligaties, zodat de schade mede is veroorzaakt door omstandigheden die hem kunnen worden toegerekend. Aangeslotene verwijst naar het beleggingsvoorstel van 7 februari 2006, waarin is uitgelegd dat bij de geadviseerde obligaties de afloopdatum niet vaststaat en dat het van de marktomstandigheden afhangt of de debiteur zijn recht tot aflossing uitoefent. Verder constateert de Commissie dat op bladzijde 3 van het beleggingsvoorstel de koersen van de geadviseerde obligaties zijn weergegeven als percentage van het nominale bedrag en dat dit percentage bij vier van de vijf obligaties minder is dan 100%.

4.9 Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit deze gegevens in het beleggingsvoorstel dat de belegger niet zonder meer op een vaste datum de hoofdsom terugkrijgt en dat er een risico bestaat op koersschommelingen. Voor de beoordeling van de vraag of deze omstandigheid aan Consument kan worden toegerekend, is het echter ook van belang dat Consument, nog voor de aankoop van de obligaties, bij e-mail navraag heeft gedaan bij Aangeslotene (zie overweging 2.3 hiervoor). In deze e-mail heeft Consument gevraagd wanneer er koersrisico zou ontstaan; Aangeslotene heeft daarop geantwoord dat het risico zit in "de tussentijdse rente en debiteurenrisico", zonder in ondubbelzinnige bewoordingen erop te wijzen dat Consument een koersrisico loopt en dat dit risico blijft bestaan zolang de debiteur van de obligatie niet is overgegaan tot aflossing van de hoofdsom. Aangeslotene heeft daarmee ontoereikende informatie verstrekt, terwijl dit aspect van de obligaties voor Consument van groot belang was met het oog op zijn beleggingsdoelstelling en Aangeslotene bovendien uit de vraagstelling van Consument had kunnen opmaken dat de risico's van de obligaties hem ook na ontvangst van het beleggingsvoorstel niet duidelijk waren geworden. Gelet op deze omstandigheden is het niet komen vast te staan dat Consument toereikend is voorgelicht over de bedoelde risico's en evenmin dat hij daarmee bekend was ten tijde van de aankoop van de obligaties. Dit verweer wordt daarom verworpen.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

4.10 Verder voert Aangeslotene aan dat Consument de schade had kunnen beperken door verkoop van de obligaties en dat zij op 1 december 2009 uitdrukkelijk aan Consument heeft medegedeeld dat hij de obligaties kon verkopen. Dit verweer slaagt; Consument heeft dit niet weersproken en evenmin gronden aangevoerd waarom hij, ondanks zijn bekendheid hiermee, niet tot verkoop is overgegaan.

4.11 De Commissie overweegt ten slotte dat het voordeel dat de aankoop van de obligaties heeft opgeleverd, in mindering moet worden gebracht op de te vergoeden schade. Dat is de rente op de obligaties over de periode vanaf de aankoop op 11 januari 2007 tot aan de hiervoor genoemde schadepeildatum (1 december 2009), voor zover deze meer bedraagt dan hetgeen Consument aan rente zou hebben ontvangen indien hij op 11 januari 2007 voor hetzelfde bedrag tienjaars Nederlandse staatsobligaties zou hebben gekocht en in dezelfde periode zou hebben aangehouden. Tevens moet op de schadevergoeding in mindering worden gebracht het eventuele koersverlies dat Consument zou hebben geleden op dergelijke staatsobligaties in dezelfde periode.

4.12 De vordering van Consument zal daarom gedeeltelijk worden toegewezen. Aangeslotene zal worden veroordeeld tot betaling van een bedrag gelijk aan het verlies op de obligaties. Gelet op het overwogene in 4.10 blijft het verlies op de obligaties, voor zover dit is geleden na 1 december 2009, voor rekening van Consument, zodat als peildatum 1 december 2009 zal worden gehanteerd. Het verlies dient te worden berekend als de vermindering in waarde per 1 december 2009 ten opzichte van de waarde op de dag van aankoop (11 januari 2007), met inachtneming van het bepaalde in overweging 4.11 hiervoor.

4.13 Voorts zal Aangeslotene, als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van deze procedure, bestaande uit de eigen bijdrage ad € 50 en de advocaatkosten van Consument. Gelet op artikel 19.10 van het reglement zoekt de Commissie, wanneer zij aanleiding ziet tot vergoeding van advocaatkosten, aansluiting bij het Liquidatietarief Rechtbanken en Gerechtshoven. In dit geval stelt de Commissie de te vergoeden advocaatkosten vast op € 1.356.

4.14 Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies, dat Aangeslotene binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan Consument vergoedt:

- (a) een bedrag gelijk aan het verlies op de in overweging 2.6 genoemde obligaties, te berekenen als de vermindering in waarde per 1 december 2009 ten opzichte van de waarde per 11 januari 2007, met inachtneming van het bepaalde in overweging 4.11 hiervoor;
- (b) een bedrag van € 1.356 ter zake van advocaatkosten; en
- (c) het bedrag van € 50, betaald door Consument als eigen bijdrage aan de behandeling van dit geschil.

Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

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.