KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-211 d.d. 18 juli 2012
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en de heer J.C. Buiter, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Samenvatting

Belegging in twee gestructureerde producten en in fondsen behorende bij een lijfrenteverzekering. Ten aanzien van een van de gestructureerde producten oordeelt de Commissie dat de vordering niet kan worden toegewezen bij gebrek aan schade. Het andere product mocht in deze omvang in de portefeuille worden opgenomen, mede omdat de belegger toereikend is voorgelicht over de kenmerken en risico's van het product. Verder is niet gebleken dat het switchverzoek ten aanzien van de lijfrenteverzekering niet tijdig is uitgevoerd.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het verzoek tot geschilbeslechting van 18 juni 2009;
- het verweerschrift van 17 september 2010;
- de repliek van 13 november 2010; en
- de dupliek, ongedateerd, ontvangen op 27 december 2010.

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 6 juli 2011. Daar zijn partijen verschenen.

Op verzoek van de Commissie heeft Aangeslotene bij brief van 9 september 2011 aanvullende informatie verstrekt, bestaande uit informatiebrieven over product X en product Y, portefeuilleoverzichten en een toelichting op het feit dat zij product Y tot de vastrentende waarden rekent. Consument heeft zich hierover uitgelaten bij brief van 15 oktober 2011 en een productie overgelegd, waarna Aangeslotene heeft gereageerd bij brief van 23 november 2011.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.
1.1 Consument is in 1997 gescheiden en heeft uit de verdeling van de echtelijke boedel in 1998 een huis gekocht. Nadat de alimentatie in 2005 was verlaagd, heeft zij haar huis moeten verkopen. Het vermogen waarmee zij is gaan beleggen, is afkomstig uit de boedelverdeling na de echtscheiding en de genoemde verkoop van haar huis.

1.2 Consument heeft met een andere Aangeslotene een lijfrenteverzekering afgesloten (hierna: de lijfrente). Ingangsdatum van de lijfrente was 1 februari 1999, de beoogde einddatum 1 februari 2009. Haar toenmalige adviseur ging uit van een offensief profiel; in het kader van de lijfrente is belegd in participaties in het Z Fonds. Consument heeft van haar toenmalige adviseur begrepen dat een wijziging van deze beleggingen, bijvoorbeeld door een switch naar een ander fonds, kon leiden tot afrekenen met de fiscus.

1.3 In 2006 is Consument klant geworden bij Aangeslotene; haar contactpersonen waren de heer A, beleggingsadviseur, en mevrouw B, account manager private banking. Op 19 juni 2006 heeft Aangeslotene Consument een beleggingsvoorstel (hierna: het beleggingsvoorstel) gezonden:

"(…)

- Dit voorstel is gebaseerd op een totaal te beleggen vermogen van € 400.000,-.
- Het beleggingsdoel is het verkrijgen van inkomen; er moet een bedrag van € 3.000,- netto per maand aan inkomsten behaald worden;
- Op uw verzoek wordt het grootste deel van het te beleggen vermogen in vast- en variabelrentende obligaties belegd. Het overige deel wordt in garantieproducten belegd;
- (…)
- De categorie vastrentende waarden wordt ingevuld met beleggingen met een uitkerend karakter. Gezien het huidige rendement van obligaties zijn er de afgelopen tijd diverse speciale obligatieproducten op de markt verschenen. Deze zijn ook in het voorstel opgenomen;
- (…)
- Voor het te beleggen vermogen heeft u een beleggingshorizon van tenminste 10 jaar;
- Voor de lange termijn beoogt u een rendement behalen van 4,5%. Daarbij houdt u er rekening mee dat gedurende een bepaald jaar door koersschommelingen het rendement kan fluctueren tussen de -3% en +18%.
- Bovenstaande punten bepalen het doelrisicoprofiel dat als Zeer Defensief omschreven kan worden.

(…)
Invulling van de portefeuille
(…)

Asset-mix	(…)	
Categorie	Percentage	Bedrag
Aandelen	10%	€ 40.000,-
Vastrentende waarden	50%	€ 200.000,-
Liquiditeiten	40%	€ 160.000,-
Totaal	100%	€ 400.000,-

(…)
Opbouw van uw portefeuille
Aandelen
(…)

Product C 2012	€ 25.000,-
Product D 2014	€ 15.000
Totaal	[€] 40.000,-

(…)

Vastrentende waarden		
(…)		
Fondsnaam	(…)	Bedrag
4.25% Akzo Nobel 2011	(…)	€ 20.100,-
4.625% France Telecom 2012	(…)	€ 25.350,-
5.125% Goldman Sachs 2013	(…)	€ 21.000,-
4.375% product E 2014	(…)	€ 24.800,-
3.0% product F 2011	(…)	€ 41.000,-
5,9% product G 2009	(…)	€ 39.600,-
Product H 2	(…)	€ 26.900,-
Totaal	(…)	€ 198.750
(…)		
Liquide middelen		€ 160.000,-
I Sparen		€ 107.500,-
(…)		
Product J		€ 52.500,-
(…).”		

1.4 Na ontvangst van dit voorstel heeft Consument te kennen gegeven dat zij in plaats van € 400.000 een bedrag van ongeveer € 300.000 bij Aangeslotene wilde onderbrengen. Reden daarvoor was onder meer dat zij liever een bedrag van € 72.000 op een rekening bij een andere Aangeslotene liet staan; als gevolg daarvan zou het onderdeel liquide middelen kleiner uitvallen. Consument heeft daarop de in het voorstel omschreven aandelen en obligaties gekocht, zij het niet steeds voor dezelfde bedragen als in het voorstel. In dat kader heeft zij op 25 juli 2006 voor een bedrag van € 35.967,50 product X gekocht en voor € 40.210 product Y.

1.5 Vanaf medio 2006 trad Aangeslotene op als tussenpersoon ten aanzien van de lijfrente. Consument heeft overlegd met B nadat haar eind 2006 was medegedeeld dat zij, wegens de fusie van andere Aangeslotenen, de beleggingen in het kader van de lijfrente desgewenst kon omzetten naar een ander – defensiever of offensiever – profiel. Consument heeft daarop gezegd dat zij voor een defensief profiel koos. In vervolg daarop heeft een Aangeslotene een switch doorgevoerd naar participaties Z.

1.6 Op 22 februari 2008 heeft Consument gesproken met B. Tijdens dit gesprek heeft Consument gezegd te betreuren dat zij in 2006 slechts één stap richting defensief kon gaan in het kader van de lijfrente; tot een switch heeft dit gesprek niet geleid. Op 30 september 2008 heeft Consument aan A gevraagd of zij actie moest ondernemen naar aanleiding van de kredietcrisis; ook dit gesprek heeft niet geleid tot een switch. Vervolgens heeft Consument op 23 oktober 2008 met B besproken dat de lijfrente in februari 2009 zou aflopen. Op 24 november 2008 heeft Aangeslotene een schriftelijk switchverzoek aan een andere Aangeslotene verzonden, waarna op diezelfde dag de switch van het product Z naar het product K heeft plaatsgevonden.

1.7 Product Y is op 18 maart 2009 afgelost voor een bedrag van € 36.257,02; product X is op 2 juni 2009 verkocht voor een bedrag van € 22.750.

3. Geschil

3.1 Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van het verlies op verschillende beleggingen. Zij stelt verlies te hebben geleden op product X en product Y, begroot op respectievelijk € 13.217,50 en € 3.723, en op de participaties behorende bij de lijfrente, begroot op € 19.469,30.
3.2 Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de adviesrelatie. Aangeslotene had gelet op haar profiel de belegging in X en Y niet mogen adviseren en heeft haar ontoereikend voorgelicht over de risico's. Ook heeft Aangeslotene verzuimd haar te adviseren de producten X en Y te verkopen toen de rating werd verlaagd en de koers fors omlaag ging, terwijl zij in de brochure 'Beleggen bij Aangeslotene had toegezegd maandelijks te controleren of de portefeuille nog steeds aan het risicoprofiel voldeed. Verder had Aangeslotene product J niet aan de liquiditeiten mogen toerekenen en heeft zij in het inventarisatieformulier ten onrechte vermeld dat aanvulling van het inkomen vanuit de beleggingen niet nodig was.
Ook ten aanzien van de lijfrente is Aangeslotene tekortgeschoten, in de eerste plaats omdat participaties in een aandelenfonds niet passen bij het zeer defensieve profiel van Consument; toen Aangeslotene tussenpersoon van Consument werd, heeft zij nagelaten te onderzoeken of deze belegging bij haar profiel paste. Ook daarna heeft Aangeslotene niet gewaarschuwd voor de risico's van dit fonds en niet gewezen op de mogelijkheid van switchen. Bovendien zijn de participaties in waarde verminderd doordat het switchverzoek van Consument onnodig traag is afgehandeld.
3.3 Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Eerste klachtonderdeel: verlies op de producten X, Y en J

4.1 De Commissie constateert dat tussen partijen een adviesrelatie heeft bestaan. Wezenlijk aan een adviesrelatie is dat de belegger een beslissing neemt over het al dan niet uitvoeren van een transactie na verkregen advies van een beleggingsadviseur met wie hij een relatie onderhoudt. Omdat de belegger zelf de beslissing neemt, is hij in beginsel zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van zijn beslissing. Dat is alleen anders als sprake is van een advies dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur in redelijkheid niet had mogen geven.
4.2 Ten aanzien van product Y voert Aangeslotene aan dat Consument geen verlies heeft geleden, omdat deze is gekocht voor een bedrag van € 40.210 en Consument aan aflossing en rente in totaal een bedrag van € 43.171 heeft ontvangen, zodat het rendement per saldo positief is en € 2.961 bedraagt. Deze door Aangeslotene gestelde bedragen zijn door Consument niet betwist en daarmee komen vast te staan; wel heeft Consument tegen dit verweer ingebracht dat product Y is afgelost voor 90,6% van de aankoopwaarde en dat het verschil met de aankoopsom als verlies moet worden beschouwd. Naar het oordeel van de Commissie kan Consument in dit standpunt niet worden gevolgd; voor de vraag of op een

rentedragend product zoals product Y verlies is geleden, is zowel het bedrag van de aflossing als dat van de ontvangen rente relevant. In dit geval is dan ook niet gebleken dat Consument verlies heeft geleden op product Y, aangezien zij daarop per saldo een positief rendement heeft behaald en dit rendement – dat gelijk is aan ongeveer 2,7% per jaar – niet minder is dan het rendement dat zij had kunnen behalen op obligaties die pasten binnen haar profiel. Gelet daarop kan de vordering van Consument, voor zover deze ziet op het verlies op product Y, niet worden toegewezen.

4.3 Ten aanzien van product X stelt Consument dat Aangeslotene gelet op haar profiel de aankoop van een volatiel product zoals product X niet had mogen adviseren. De Commissie constateert dat deze klacht zich in wezen richt tegen het advies om te beleggen in een gestructureerd product zoals product X. Gestructureerde producten kennen bijzondere risico's, zoals het debiteurenrisico, valutarisico, liquiditeitsrisico, renterisico en koersvolatiliteit, wat overigens niet betekent dat alle gestructureerde producten zeer risicovol zijn; tot deze categorie behoort immers ook een 100% garantieproduct, dat algemeen als weinig risicovol wordt beschouwd. Al naar gelang de risico's kan een belegging in gestructureerde producten in meer of mindere mate toelaatbaar zijn in een zeer defensieve portefeuille. Bij de beoordeling van die toelaatbaarheid is ook van belang of de betrokken consument toereikend is voorgelicht over de kenmerken en risico's van het product.

4.4 De Commissie zal het advies tot aankoop van product X aan de hand van deze maatstaf beoordelen. Vast staat dat Aangeslotene in het beleggingsvoorstel, uitgaande van een beleggingshorizon van ten minste tien jaar, heeft geadviseerd 10% van het belegbare vermogen onder te brengen in aandelen, 50% in vastrentende waarden en 40% in liquiditeiten, dat product X deel uitmaakte van de vastrentende waarden en dat het in product X te investeren bedrag gelijk was aan ongeveer 10% van het in het voorstel vermelde belegbare vermogen. Van belang is voorts dat product X belegt in effecten waarvoor destijds een rating van AAA respectievelijk AA was afgegeven en is geadviseerd op een tijdstip (medio 2006) waarop de kredietcrisis ook voor marktpartijen nog niet was te voorzien. Ook heeft Aangeslotene onweersproken gesteld dat product X, gezien de rente-inkomsten, aansloot op de wens van Consument om aanvullend inkomen te genereren. Van belang is verder dat Consument stelt dat zij ontoereikend is voorgelicht over de risico's, doordat A heeft gezegd dat de kans op een koersdaling zeer klein zou zijn, tenzij er meerdere jaren een grote recessie zou zijn. Aangeslotene stelt evenwel dat Consument destijds de brochure van product X heeft ontvangen, wat door Consument niet gemotiveerd is betwist en daarmee komen vast te staan. In deze brochure – door Aangeslotene bij het verweerschrift overgelegd – staat dat product X van een gewone obligatie verschilt doordat met kredietderivaten wordt belegd in asset backed securities en product Y en dat het rendement afhangt van het al dan niet optreden van 'credit events', waarbij wordt toegelicht op welke wijze credit events invloed hebben op de terugbetaling van de hoofdsom. De kenmerken en risico's van product X worden daarmee voldoende indringend beschreven, zodat Consument ten tijde van de aankoop van product X hiervan kennis heeft kunnen nemen. Gelet daarop kan het advies tot aankoop van product X niet worden aangemerkt als een advies dat Aangeslotene in redelijkheid niet had mogen geven.

4.5 Specifiek ten aanzien van de informatievoorziening heeft Consument nog verwezen naar het rapport 'De marketing van gestructureerde producten', opgesteld door het onderzoeksbureau van Aangeslotene; Consument verwijt Aangeslotene dat zij ten aanzien van product X niet conform de aanbevelingen van dit rapport heeft geadviseerd. Hiervoor is echter reeds vastgesteld dat de voorlichting adequaat is geweest; de risico's die aan gestructureerde producten zoals product X verbonden zijn en die in algemene zin in dit rapport worden besproken, behoefden Aangeslotene er dan ook niet van te weerhouden dit product in beperkte mate te adviseren voor een portefeuille als die van Consument.
4.6 Consument stelt schade te hebben geleden doordat Aangeslotene niet heeft geadviseerd product X te verkopen toen de rating werd verlaagd; als gevolg daarvan is zij zelf tot verkoop overgegaan, omdat zij in paniek was geraakt door een artikel in het FD waarin een topman van Aangeslotene zich uitsprak over de ernst van de kredietcrisis. Naar aanleiding van deze klacht overweegt de Commissie dat in een adviesrelatie over het algemeen geen verplichting tot spontaan adviseren bestaat en dat een dergelijke verplichting evenmin uit de overgelegde stukken volgt. De enkele verwijzing door Consument naar de brochure 'Beleggen bij Aangeslotene is daartoe onvoldoende; in deze brochure wordt immers alleen vermeld dat Aangeslotene maandelijks zal controleren of de verdeling van aandelen, obligaties en liquiditeiten nog steeds binnen het doelrisicoprofiel past, niet echter dat zij zal waarschuwen bij een verandering van de rating. Daar komt bij dat Aangeslotene onweersproken heeft gesteld dat zij in januari 2009 aan beleggers in product X, onder wie Consument, een toelichting heeft verzonden naar aanleiding van de aanzienlijke koersdalingen. In deze toelichting wordt uitgelegd dat de kredietcrisis de belangrijkste oorzaak is van de koersdalingen en dat de koersdalingen deels werden veroorzaakt doordat de markt in deze producten zeer illiquide was geworden en dat voor individueel advies contact kon worden opgenomen met de beleggingsadviseur. De Commissie acht de in deze toelichting verstrekte informatie voldoende inzichtelijk, zodat ook in dit opzicht niet is gebleken dat Aangeslotene is tekortgeschoten.
4.7 Verder stelt Consument dat product J ten onrechte tot de liquiditeiten is gerekend en dat ook in dat opzicht de vermogensverdeling niet voldoet aan de richtlijnen voor een zeer defensief profiel. De vraag of product J door Aangeslotene juist is gecategoriseerd, kan echter in het midden blijven; uit de portefeuilleoverzichten leidt de Commissie af dat op deze obligatie geen verlies is geleden, zodat reeds daarom een vordering tot schadevergoeding ten aanzien van deze obligatie niet kan slagen.
4.8 Ten slotte vordert Consument schadevergoeding op de grond dat het inventarisatieformulier ten onrechte vermeldt dat aanvulling van het inkomen uit de beleggingen niet nodig is. Deze stelling is onvoldoende onderbouwd, omdat Consument niet inzichtelijk maakt in welk opzicht zij hierdoor schade heeft geleden en zij evenmin ingaat op het feit dat in het beleggingsvoorstel 'het verkrijgen van inkomen' is vermeld als beleggingsdoel, waaraan is toegevoegd dat 'een inkomen van € 3.000 netto per maand aan inkomsten moet worden behaald'. Ook op deze grond kan de vordering niet worden toegewezen.

Tweede klachtonderdeel: verlies op beleggingen behorend bij de lijfrente

4.9 Tussen partijen is niet in geschil dat de lijfrente is afgesloten toen Consument nog geen cliënt van Aangeslotene was. Wel verschillen zij van standpunt over de vraag of Aangeslotene, toen zij tussenpersoon van Consument was geworden, had moeten onderzoeken of deze belegging bij haar profiel paste en voorts of Aangeslotene voor de risico's had moeten waarschuwen en had moeten wijzen op de mogelijkheid van switchen.
4.10 De Commissie overweegt dat de omstandigheid dat een consument van tussenpersoon wisselt, nog geen verplichting vestigt voor de nieuwe tussenpersoon om te controleren of de beleggingen behorend bij een reeds afgesloten lijfrenteverzekering bij het profiel van de consument passen. Evenmin rust in dat geval in het algemeen op de nieuwe tussenpersoon een verplichting om te waarschuwen voor de risico's van reeds aangekochte beleggingen en te wijzen op de mogelijkheid van switchen. In dit standpunt kan Consument dan ook niet worden gevolgd.
4.11 Consument stelt voorts dat zij schade heeft geleden doordat Aangeslotene naar aanleiding van de gesprekken van eind 2006 en februari 2008 niet heeft gewezen op de mogelijkheid van switchen naar een defensiever fonds. Consument stelt echter onvoldoende specifieke feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat Aangeslotene heeft moeten begrijpen dat Consument in deze periode informatie wenste over de mogelijkheid van switchen of een switchopdracht wilde geven. Dat Aangeslotene in dit opzicht jegens Consument is tekortgeschoten, is dan ook niet komen vast te staan.
4.12 Consument stelt ten slotte dat zij schade lijdt doordat Aangeslotene, in vervolg op het gesprek van 23 oktober 2008, haar switchverzoek onnodig traag heeft afgehandeld. Ten aanzien van dit klachtonderdeel overweegt de Commissie als volgt.
4.13 Uit de eigen stellingen van Consument volgt dat tijdens de bespreking van 23 oktober 2008 is afgesproken dat B binnen twee weken bij een andere Aangeslotene zou nagaan of switchen mogelijk was en vervolgens contact met Consument zou opnemen. Dit betekent dat Consument tijdens deze bespreking nog geen switchverzoek heeft gedaan, maar alleen informatie heeft opgevraagd over de mogelijkheid daarvan. Partijen verschillen echter van standpunt over de datum waarop B heeft teruggebeld en de gevraagde informatie gegeven; Consument stelt dat dit pas in week 46 (10 t/m 14 november 2008) is gebeurd, terwijl Aangeslotene stelt dat B op 7 november 2008 heeft teruggebeld. Naar het oordeel van de Commissie kan in het midden blijven op welke dag B heeft teruggebeld, omdat dit slechts enkele dagen verschil maakt en omdat niet is gebleken dat Aangeslotene uit dit telefoongesprek heeft moeten begrijpen dat Consument op zeer korte termijn wenste te switchen. Aangeslotene stelt immers, onder verwijzing naar een gespreksnotitie, dat B tijdens dit gesprek heeft medegedeeld dat Consument kon kiezen uit meerdere fondsen vermeld op de website van een andere Aangeslotene en met Consument heeft afgesproken 'vooralsnog niets te wijzigen' en dat Consument 'gaat kijken op de website naar de andere beleggingsfondsen en desgewenst met ons contact opneemt'. Deze stellingen van Aangeslotene zijn door Consument niet gemotiveerd betwist, zodat niet is gebleken dat Consument reeds tijdens dit telefoongesprek een verzoek tot switchen heeft gedaan.
4.14 Tot slot moet worden beoordeeld of Aangeslotene het switchverzoek, toen dit eenmaal was gedaan, tijdig heeft uitgevoerd. In dit verband stelt Consument dat zij heeft geprobeerd zelf van fonds te switchen, dat dit niet lukte en dat B vervolgens op 24

november 2008 een brief aan een andere Aangeslotene heeft gezonden. De Commissie constateert dat Consument hiermee geen specifieke datum noemt waarop zij het switchverzoek heeft gedaan, terwijl Aangeslotene onweersproken heeft gesteld dat Consument in het gesprek van 20 november 2008 een keuze heeft gemaakt voor het fonds waarnaar moest worden geswitcht, zodat het ervoor moet worden gehouden dat het switchverzoek op 20 november is gedaan. Dit betekent – aangezien 20 november 2008 een donderdag was en tussen partijen niet in geschil is dat de switch heeft plaatsgevonden op maandag 24 november 2008 – dat het switchverzoek is uitgevoerd binnen twee werkdagen, hetgeen de Commissie tijdig acht. Dat het switchverzoek niet tijdig is uitgevoerd, is dan ook niet gebleken.

4.15 Het voorgaande betekent dat de vorderingen van Consument, zowel ten aanzien van product X, product Y en product J als ten aanzien van de lijfrente, zullen worden afgewezen.

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.