KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 225
d.d. 23 september 2011
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, en H. Mik RA en R.H.G. Mijné, leden)

Samenvatting

De beleggingsdoelstelling van Consument en het daarbij horende profiel in aanmerking nemende, is de Commissie van oordeel dat de wijze waarop de portefeuille op advies van Aangeslotene is ingericht daarmee niet overeen komt. Daartoe overweegt de Commissie dat bepaalde producten naar hun aard niet in de portefeuille opgenomen hadden dienen te worden. Zij wijst de vordering van Consument toe.

1. Procedure

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brieven van de gemachtigde van Consument van 23 oktober 2009, 16 november 2009 en 18 december 2009;
- het door Consument ingevulde vragenformulier ontvangen op 28 december 2009;
- het verweer van Aangeslotene van 17 mei 2010;
- de repliek van Consument van 3 juni 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 5 juli 2010.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

De Commissie heeft vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 10 november 2010.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Tussen Consument en Aangeslotene bestaat sinds 16 december 2003 een beleggingsrelatie op basis van advies. In een brief van die datum betreffende de indeling naar beleggingsprofiel heeft Aangeslotene in een bijlage aan Consument meegedeeld haar in te delen in risicoprofiel A, zijnde zeer defensief. Consument heeft deze bijlage op 20 december 2003 voor akkoord getekend. Consument heeft haar zoon volmacht verleend om namens haar transacties te verrichten.

2.2 Na overboeking van haar portefeuille van de toenmalige bank van Consument naar Aangeslotene in januari 2004 heeft Aangeslotene Consument op 28 juli 2004 een beleggingsvoorstel doen toekomen. In dat voorstel zijn de uitgangspunten als volgt neergelegd:
"Uitgangspunten
Bij de opzet van uw beleggingsvoorstel hebben wij de navolgende voorwaarden en restricties genomen;
- Uw bij (Aangeslotene) ondergebracht vermogen bedraagt ca. € 750.000.
- Het vermogen wordt belegd in de privé sfeer;
- Uw beleggingshorizon is korter dan 5 jaar;
- Als primair beleggingsdoel geldt vermogensinstandhouding;
- Het risicoprofiel van de portefeuille is vastgesteld op zeer defensief;
- De beleggingen in obligaties zullen plaatsvinden in leningen van kwalitatief kredietwaardige debiteuren die in Euro's noteren.

In de concrete invulling van de portefeuille wordt voldaan aan de hierboven gegeven uitgangspunten. Hierbij is rekening gehouden met de marktvisie van de afdeling Beleggingsbeleid van (Aangeslotene)."

Voorts is onder "Beleggingsprofiel" het volgende opgenomen:
"In overleg met u hebben wij gezamenlijk voor een zeer defensief beleggingsprofiel gekozen.

Profiel:	100% vastrentende waarden
Doel:	instandhouding vermogen en/of genereren inkomen
Risico:	laag
Beleggingshorizon:	kan kort zijn, maar over het algemeen tenminste één jaar

Deze profielschets is met name bedoeld voor beleggers met een duidelijke afkeer van risico en/of een relatief korte beleggingshorizon die niet in zakelijke waarden willen beleggen. Daarnaast is ze geschikt voor beleggers voor wie instandhouding van het vermogen al dan niet in combinatie met het generen van een vaste inkomensstroom zwaarwegende argumenten vormen. Het profiel kent een asset allocatie met minimaal 80% vastrentende waarden en maximaal 20% liquiditeiten. De beleggingshorizon is minder van belang maar over het algemeen langer dan één jaar."

Waarna onder "Samenstelling van de beleggingscategorieën" staat vermeld: "Met inachtneming van de overeengekomen uitgangspunten in combinatie met de marktvisie van de afdeling Beleggingsbeleid van (Aangeslotene), komen wij tot de navolgende verdeling" en Aangeslotene aansluitend de navolgende tabel heeft opgenomen:

Categorie	Weging	Bedrag
Vastrentende waarden	100%	€ 750.000
Totaal	100%	€ 750.000

2.3 Consument heeft na ontvangst van dit advies een gedeelte van de bestaande portefeuille verkocht dan wel laten expireren. Van de opbrengst heeft zij vervolgens onder meer en voor zover hier van belang aangeschaft:

3,5% Rabo Asset Backed 2011	€ 75.000,--
Perpetual Floater IKB Funding Trust 6%*	€ 70.000,--
Perpetual Floater Jyske Bank 6%*	€ 75.000,--

* (Dit betreffen zogenaamde Floating Rate Notes, hierna te noemen: FRN's)

Voorts is daar begin 2005 nog de aanschaf voor een bedrag van € 76.387,50 ABN Amro Rente Plus Notes 2 bijgekomen en, na daartoe in mei 2005 door Aangeslotene geadviseerd te zijn, voor een bedrag van € 76.875,-- een aanschaf van de ABN Amro Rente Plus Note 5 (hierna te noemen: Rente Plus Notes).

2.4 Met name medio 2007 is de koersontwikkeling van de aangehouden effecten sterk negatief geweest. Op 8 november 2007 heeft tussen partijen een gesprek plaatsgevonden waarbij de zoon van Consument aanwezig was. Op 20 november 2007 heeft een vervolg-gesprek plaatsgehad. De zoon van Consument heeft door middel van een e-mail op 29 november 2007 bij Aangeslotene zijn beklag gedaan over de performance van de portefeuille.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door haar geleden schade, door haar primair begroot op een bedrag van € 280.768,62, en subsidiair op een bedrag van € 105.493,45 te vermeerderen met wettelijke rente hierover vanaf 28 juli 2004 dan wel 29 november 2007 dan wel 16 april 2008 tot aan de dag van de algehele vergoeding alsmede vergoeding van de gemaakte kosten voor juridische bijstand.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

Aangeslotene had Consument niet mogen adviseren te beleggen in FRN's, perpetuals en Rente Plus Notes. Door desondanks deze producten te adviseren heeft zij in strijd gehandeld met haar zorgplicht en niet aan de verplichtingen uit adviesovereenkomst voldaan. Consument wilde geen enkel risico nemen en zij had, zoals ook is vastgelegd, als doelstelling vermogensinstandhouding. Aangezien de horizon korter dan 5 jaar was, passen daar geen perpetuele obligaties en FRN's in. Dat de producten tussentijds verhandelbaar zijn, betekent niet dat ze waardevast zijn. Het behalen van rendement was namelijk niet belangrijk. Er is nooit voorgesteld alleen in deposito's en staatsobligaties te beleggen en dus ook niet over de mogelijkheid gesproken dat een dergelijke belegging onvoldoende rendement zou opleveren.

Voorts heeft Aangeslotene verzuimd Consument voor te lichten over de producten en te waarschuwen voor de eraan verbonden risico's. Aangeslotene toont niet aan dat zij op de risico's heeft gewezen. De brochures van de betreffende producten heeft zij pas op 8 november 2007 aan de zoon van Consument verstrekt, jaren na de aanschaf. Perpetuele FRN's zijn geen obligaties, en ook geen instrumenten met kenmerken van obligaties, maar rentederivaten. De werking van deze producten is niet vergelijkbaar met die van obligaties. Rentederivaten passen niet in een zeer defensieve portefeuille. Ze lossen niet altijd de hoofdsom af. Aangeslotene had voor de hogere risico's moeten waarschuwen.

Bovendien heeft Consument niet tardief geklaagd, zij werd namelijk pas in 2007 bekend met de werking van de producten en heeft toen direct actie ondernomen; het beroep van Aangeslotene op artikel 6:89 BW gaat derhalve niet op. Als een bank een consument adviseert en doet voorkomen alle relevante informatie te hebben verstrekt (welke informatie achteraf onvolledig en onjuist blijkt), kan zij die consument niet tegenwerpen dat deze een onderzoeksplicht heeft.

Evenmin heeft Aangeslotene Consument gewaarschuwd toen de rating van de perpetuals en FRN's aanzienlijk was gedaald en de producten in het geheel niet meer pasten bij het risicoprofiel van Consument. Aangeslotene heeft gelet op het zeer defensieve profiel jegens Consument dan ook niet gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vermogensadviseur.

De met het handelen en/of nalaten van Aangeslotene in causaal verband staande schade dient zij te vergoeden. De klacht ziet niet op het koersverlies maar op de niet geschiktheid van de producten. Consument is niet in 2005 gewezen op de mogelijkheid te verkopen, en is evenmin gewezen op de schadebeperkingsplicht.

3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.

4. Beoordeling

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

4.1 De Commissie stelt vast dat tussen partijen een adviesrelatie bestaat. Dit houdt onder meer in dat Consument zelf verantwoordelijk is voor het beleggingsbeleid en voor de aan- en verkooptransacties binnen de portefeuille. Binnen een dergelijke adviesrelatie is de aansprakelijkheid van de financiële instelling als Aangeslotene in beginsel beperkt tot (de gevolgen van) adviezen die een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur in redelijkheid niet had mogen geven. Daarbij stelt de Commissie voorop dat op een financiële

instelling de verplichting rust om ervoor zorg te dragen dat haar adviezen aansluiten bij de beleggingsdoelstellingen van de cliënt, diens risicobereidheid en diens vermogen om risico's te dragen.

4.2 De Commissie is met Aangeslotene van oordeel dat beleggen, ook met een zeer defensief profiel, wezenlijk anders is dan sparen en dat uit het feit dat door Consument voor beleggen is gekozen, kan worden afgeleid dat er bij haar bereidheid was tot het lopen van enig risico waar tegenover een beter rendementsperspectief stond. Partijen verschillen echter van mening over de vraag of de geadviseerde producten aansloten bij de risicobereidheid van Consument. De risicobereidheid van Consument is in onderhavig geval vastgelegd in verscheidene onder 2.1 en 2.2 genoemde documenten. De beleggingsdoelstelling van Consument en het daarbij horende profiel in aanmerking nemende, is de Commissie van oordeel dat de wijze waarop de portefeuille op advies van Aangeslotene is ingericht daarmee niet overeenkomt. Daartoe overweegt de Commissie dat bepaalde producten naar hun aard niet in de portefeuille opgenomen hadden dienen te worden.

4.3 De op advies van Aangeslotene aangeschafte FRN's en Rente Plus Notes alsmede de Rabo Asset Backed Obligatie zijn namelijk niet te kenschetsen als obligaties in de zin dat het vastrentende waarden betreffen, alwaar zoals tussen partijen overeengekomen de beleggingen toe zouden worden beperkt. Dergelijke producten waren - in beperkte mate - weliswaar niet onaanvaardbaar, maar slechts indien onmiskenbaar is dat de voorlichting over de wezenlijke kenmerken van deze producten door Aangeslotene helder is geweest. Daarvan is uit de stukken en tijdens de zitting niet gebleken; eerst op 29 november 2007 is de Consument middels overhandiging van de relevante brochures op de hoogte gebracht van de specifieke kenmerken. Daarbij overweegt de Commissie dat niet het feit dat de producten op het moment van aanschaf investment grade waren, gebaseerd op de kredietwaardigheid van de uitgevende instelling, maatgevend is, maar het karakter ervan, dat niet met het overeengekomen profiel strookt. Voorts acht de Commissie van belang dat Aangeslotene Consument bij voortduring heeft geadviseerd de positie in de producten aan te houden, niettegenstaande het feit dat de aan deze producten eigen kenmerken zich gemanifesteerd hebben. Gezien hetgeen hiervoor overwogen is, komt het door Consument met de geadviseerde beleggingen geleden verlies in beginsel dan ook voor rekening van Aangeslotene. Dit betreft derhalve de subsidiaire vordering van Consument.

4.4 Voor de berekening van de schade neemt de Commissie als peildatum 29 november 2007 aangezien dit het tijdstip was waarop Consument, gezien de door haar zoon ingediende klacht van die datum, geacht kon worden bekend te zijn geworden met het tekortschieten van Aangeslotene en daarmee ook het tijdstip waarop de schade moet worden vastgesteld. Vgl. GCHB 2010-394. Ontwikkelingen in de portefeuille die ná 29 november 2007 hebben plaatsgevonden komen volledig voor rekening van Consument.

4.5 Bij de berekening van het verlies dient Aangeslotene de waarde van de beleggingen op 29 november 2007 minus de waarde van deze beleggingen bij aankoop als uitgangspunt te nemen. Het aldus verkregen bedrag dient gecorrigeerd te worden met het verschil in rente op de aangekochte producten en die welke gedurende die periode op staatsobligaties zou zijn gemaakt, waarbij de Commissie deze laatste vast stelt op 3,25%. Tevens dient in aanmerking genomen te worden het eventuele koersverlies op vervangende staatsobligaties gedurende die periode. Dat bedrag moet vervolgens worden verhoogd met een vergoeding voor gederfde rente gedurende de periode 29 november 2007 tot en met de dag van algehele vergoeding, conform eis van Consument ter hoogte van de wettelijke rente. Voorts beslist de Commissie dat Aangeslotene de door Consument gevorderde kosten voor juridische bijstand, waarbij zij conform het in artikel 19.10 van haar Reglement bepaalde aansluiting bij het Liquidatietarief Rechtbanken en Gerechtshoven zoekt, dient te vergoeden. In casu stelt de Commissie de vergoeding vast op € 1.808,--. Als in het ongelijk gestelde partij dient Aangeslotene tevens de kosten voor het aanbrengen van het geschil ad € 50,00 aan Consument te vergoeden.

4.6 Aangezien noch de overige gedeelten van de klacht noch overige door partijen ingenomen stellingen tot een ander oordeel kunnen leiden, laat de Commissie deze verder buiten beschouwing.

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies, dat de vordering van Consument wordt toegewezen en dat Aangeslotene binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan Consument vergoedt het conform overweging 4.5 te berekenen bedrag. 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.