KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-207
d.d. 16 juli 2012
(prof. mr. C.E. du Perron, voorzitter, en prof. drs. A.D. Bac RA en J.C. Buiter, leden, en mevrouw mr. J. Hardenberg, secretaris)

Samenvatting

De Bank heeft haar zorgplicht jegens Consument geschonden nu zij heeft nagelaten Consument schriftelijk, in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de risico's die verbonden zijn aan het geadviseerde complexe beleggingsproduct. De Commissie acht het niet onaannemelijk dat Consument bij een goede advisering een andere beleggingsbeslissing zou hebben genomen. Vordering gedeeltelijk toegewezen. Schade naar billijkheid vastgesteld.

1. Procedure

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

- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen 8 en 20 juli 2010;
- het antwoord van Aangeslotene van 29 oktober 2010;
- de repliek van Consument van 13 november 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 28 december 2010;
- de relevante stukken uit het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening.

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.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Consument heeft een adviesrelatie met Aangeslotene. Zijn doelrisicoprofiel is vastgesteld op "defensief".

2.2. Op 9 augustus 2005 heeft Consument een gesprek gevoerd met Aangeslotene over een aantal beleggingsproducten, waaronder de (perpetuele) "*security*" van X

Aangeslotene heeft Consument tijdens dit gesprek geïnformeerd over het karakter en de risico's van dit product, zoals de vaste uitkering van 5,25%, het perpetuele karakter, de achtergesteldheid en het risico van rentestijging. Consument heeft de *security* van X vervolgens aangekocht voor een effectieve waarde van € 25.245,--.

2.3. Consument heeft verder bij [verzekeraar] een levensverzekering ten behoeve waarvan hij de beleggingen zelf kan en mag beheren. Aangeslotene, bij wie de bij de polis behorende portefeuille (hierna: "portefeuille B") wordt aangehouden, adviseert hem daarbij. In februari 2007 zijn aan deze portefeuille participaties Y, een fund of hedge funds, toegevoegd.

2.4. Op 5 maart 2008 heeft Aangeslotene contact opgenomen met Consument en hem geadviseerd koerswinst te gelde te maken door de verkoop van een tweetal beleggingsfondsen uit portefeuille B. Tijdens dit gesprek heeft Aangeslotene Consument gewezen op de mogelijkheid de beleggingen in Y te vergroten. Consument heeft dit advies opgevolgd, de twee beleggingsfondsen verkocht en voor ca. € 30.000,-- participaties in Y aangekocht (€ 1.150,-- per participatie) en toegevoegd aan portefeuille B.

2.5. Vanaf januari 2008 nam de volatiliteit van Y langzaam maar zeker toe en heeft Aangeslotene de directie van Y verzocht maatregelen te treffen. Op 15 september 2008 heeft Aangeslotene haar opinie voor Y verlaagd naar een verkoopadvies en al haar in Y beleggende cliënten, waaronder Consument, daarvan schriftelijk op de hoogte gesteld. Per 1 januari 2009 zijn de fondsen Y I en II samengevoegd. Handel was daarna slechts beperkt mogelijk. Hoewel Aangeslotene haar klanten hierover steeds heeft geïnformeerd, hebben door een administratieve fout haar brieven Consument niet bereikt.

2.6. In 2008 heeft Consument opdracht gegeven zijn portefeuille over te boeken naar een derde. Portefeuille B is bij Aangeslotene gebleven.

2.7. Op 27 november 2009 heeft X aangekondigd dat zij vanaf 30 april 2010 of eerder voor een periode van twee jaar de periodieke uitkeringen zal opschorten. Deze beslissing is het gevolg van een voorwaarde waaraan X moest voldoen om in aanmerking te komen voor staatssteun van de Britse overheid.

2.8. Xheeft Consument aangeboden de *security* terug te kopen tegen betaling van 57% (€ 14.250,--) van de aankoopsom (ca. € 25.000,--) en een eenmalige gedeeltelijke couponbetaling. Consument heeft dit aanbod geaccepteerd en op 5 mei 2010 is de *security* door X teruggekocht.

2.9. Op 10 juli 2009 heeft Aangeslotene Consument een brief gestuurd waarin zij hem ten aanzien van Y op de hoogte heeft gesteld van het feit dat de periode waarin de verkooprestrictie geldig was, voorbij is, waarin zij Consument heeft geadviseerd een verkooporder in te leggen voorzover hij dat nog niet zou hebben gedaan en waarin zij Consument heeft gewaarschuwd voor het risico dat er op korte termijn een nieuwe verkooprestrictie zal volgen.

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 totaal ad € 20.750,--, zijnde het verlies op de *security* van X, door Consument begroot op € 10.750,-- (€ 25.000,-- -/- € 14.250,--) en het verlies op Y, door Consument begroot op ca. € 10.000,-- (34 stuks x € 300,--). Dit bedrag dient te worden vermeerderd met een bedrag ter compensatie van het gederfde rendement van ca. € 2.300,-- (2% per jaar over een periode van 3 jaar).

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

- Aangeslotene is in haar zorg- en informatieplicht tekortgeschoten:
  - door Consument in 2005 niet te informeren over het risico van de *security* van X dat de rentecoupon kan worden opgeschort en/of worden overgeslagen;
  - door Consument in 2008 te adviseren "gewone" obligatiefondsen te verkopen en daarvoor in de plaats te beleggen in Y, een fonds met een veel hoger risicokarakter waarvan ook nog eens de volatiliteit toenam, en Consument bovendien niet te informeren over het risico dat het fonds kan worden gesloten.

3.3. Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De door partijen betrokken stellingen worden in het hiernavolgende voor zover nodig besproken.

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.

4.1. De Commissie stelt vast dat tussen partijen een adviesrelatie heeft bestaan. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger beslissingen neemt over het al dan niet uitvoeren van transacties na verkregen advies van een beleggingsadviseur van de instelling waarmee hij een beleggingsrelatie onderhoudt. Omdat de belegger in een advies-relatie 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.

4.2. In 2005 heeft Aangeslotene Consument geadviseerd te beleggen in een *security* van X. Een advies aan een defensieve belegger om te beleggen in perpetuele obligaties of daarmee min of meer vergelijkbare andere financiële instrumenten, zij het in beperkte mate, is niet per definitie een advies dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur niet mag geven. Omdat de specifieke eigenschappen van dergelijke instrumenten meebrengen dat de belegger risico's loopt die onder bepaalde omstandigheden niet onderdoen voor het risico dat is verbonden aan beleggingen in aandelen, moet daarbij wel van een financiële dienstverlener worden gevergd dat hij zijn niet-professionele cliënt met een niet-speculatief risicoprofiel, zoals Consument, steeds nadrukkelijk, in niet mis te verstane bewoordingen, duidelijk maakt wat de eigenschappen van het betrokken instrument zijn, en dat zij door die specifieke kenmerken - met name het achtergestelde karakter ervan en de daaruit voort-vloeiende verwantschap met tot het eigen vermogen van de emittent gerekende aandelen - minder zekerheid geven dan vastrentende waarden in het algemeen. Indien het gaat om instrumenten met een (op termijn) onzekere rente of andere vergoeding, zal ook daarop nadrukkelijk moeten worden gewezen.

4.3. Hoewel vaststaat dat Aangeslotene Consument heeft geïnformeerd over de eigenschappen van de *security* van X, waaronder het achtergestelde karakter ervan, staat, als erkend door Aangeslotene, ook vast dat Aangeslotene Consument niet nadrukkelijk heeft gewezen op het feit dat het geadviseerde product mogelijk een onzekere vergoeding kent omdat de uitgevende instelling het recht heeft de uitkering op te schorten en/of over te slaan, van welk recht Aangeslotene ook gebruik heeft gemaakt. Hoewel Aangeslotene in zoverre een verwijt treft, meent de Commissie dat de tekortkoming in dit geval niet tot schadevergoeding kan leiden. De Commissie acht het namelijk onaannemelijk dat Consument van de bewuste aankoop zou hebben afgezien indien hij wel over dit risico zou zijn geïnformeerd. De kans dat de uitgevende instelling gebruik zou maken van haar bevoegdheid om de uitkering op te schorten werd immers ten tijde van de aankoop niet groot geacht. De *security* van X kende in 2005 een goede rating. Bovendien zou het opschorten van de uitkering een negatief signaal geven in de markt en wordt in algemene zin een beslissing met dusdanig grote consequenties om die reden niet lichtvaardig genomen. In dit geval is het opschorten van de uitkering het gevolg van een uitzonderlijke situatie, waarbij de Britse overheid dat als voorwaarde heeft gesteld voor het verstrekken van staatsteun.

4.4. In 2008 heeft Aangeslotene telefonisch contact opgenomen met Consument en hem geadviseerd een tweetal obligatiefondsen te verkopen en Y, een fund of hedgefunds, aan te kopen. Consument belegde reeds in Y en heeft het advies van Aangeslotene opgevolgd. De Commissie kwalificeert Y als een product met een hoge complexiteit dat kenmerken heeft van aandelen en daarom dient te worden geschaard onder de categorie zakelijke waarden. Een dergelijk product mag, evenals de hiervoor besproken *security*, aan een defensieve belegger worden geadviseerd, mits in beperkte mate en met een goede voorlichting.

4.5. Het is voor de Commissie onvoldoende komen vast te staan dat Aangeslotene Consument in niet mis te verstane bewoordingen, duidelijk heeft gemaakt wat de eigenschappen van Y zijn. Er is dus sprake van een tekortkoming, maar daarmee is nog niet gezegd dat Aangeslotene ook de door Consument gestelde schade dient te vergoeden. Een verplichting tot schadevergoeding kan pas ontstaan indien voldoende aannemelijk is dat Consument een andere beleggingsbeslissing zou hebben genomen indien hij van de vereiste informatie was voorzien. De Commissie kent in dit verband belang toe aan het feit dat dit product niet nieuw was voor Consument; hij belegde al sinds 2007 in Y, maar ook aan het feit dat Consument tijdens het desbetreffende adviesgesprek tegen Aangeslotene zou hebben gezegd dat hij niet wilde beleggen in beleggingsfondsen omdat "je niet weet wat daar in zit". Bovendien steeg de volatiliteit van het product vanaf 2008, waarvan Aangeslotene, als professionele partij, geacht wordt op de hoogte te zijn geweest, en was het om die reden minder geschikt voor de defensieve portefeuille van Consument. Deze omstandigheden tegen elkaar afgezet, acht de Commissie het niet onaannemelijk dat Consument bij een goede advisering zoals hiervoor bedoeld een andere beleggingsbeslissing zou hebben genomen.

4.6. Omdat Consument de participaties vanwege de beperkte verhandelbaarheid niet ineens kan verkopen, en voorts niet vaststaat welke beleggingsbeslissing Consument wel zou hebben genomen bij een goede advisering zoals hiervoor bedoeld, stelt de Commissie de schade door koersdaling en gemist rendement naar billijkheid vast, en wel op € 8.000,--.

4.7. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten, waaronder het feit dat brieven van Aangeslotene Consument niet hebben bereikt door een administratieve fout zijdens Aangeslotene, kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

4.8. Nu Consument deels in het gelijk wordt gesteld dient Aangeslotene de door Consument in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50,- te vergoeden.

KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies, dat Aangeslotene binnen een termijn van twee weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan de Consument vergoedt een bedrag van € 8.000,--, te vermeerderen met de eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht, zijnde €50,--.

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.