Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-212 d.d. 27 mei 2014
(prof.mr. C.E. du Perron, voorzitter, L.B. Lauwaars RA en R.H.G. Mijné, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Samenvatting

Adviesrelatie. De belegger stelt dat hij ontoereikend is voorgelicht over de kenmerken van de geadviseerde obligatie. Naar het oordeel van de Commissie is de informatieverstrekking inderdaad ontoereikend geweest: de belegger is niet gewezen op het niet-cumulatieve karakter van de obligatie en evenmin op de mogelijkheid van afstempeling. Voor zover het de mogelijkheid van afstempeling betreft, ontbreekt het echter aan een causaal verband tussen de schade en de ontoereikende voorlichting. Om die reden wordt de vordering slechts gedeeltelijk toegewezen.

Consument;

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Groenstate Vermogensbeheer B.V., gevestigd te Hengelo, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende vragenformulier, ontvangen op 3 mei 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument; en
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen haar advies als bindend aanvaarden. Voorts stelt de Commissie vast dat dit geschil zich leent voor schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37.7 van haar reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Op advies van Aangeslotene heeft Consument belegd in een perpetuele obligatie (hierna: de obligatie) van Österreichische Volksbanken Aktiengesellschaft (hierna: Volksbank). Hij heeft deze belegging in drie tranches gekocht: op 6 mei 2008 voor een koopsom van € 10.218,23, op 20 oktober 2008 voor een koopsom van € 9.427,66 en op 6 februari 2009 voor een koopsom van € 6.064,78.

2.2 Consument heeft een productbeschrijving van de obligatie overgelegd. Daarin staat het volgende:

"Produktinformation
Österreichische Volksbanken-Aktiengesellschaft
(…)
Treuhand-Schuldverschreibungen (…) die Ansprüche aus tief nachrangigen Partizipationsschein-Zertifikaten mit unendlicher Laufzeit verbriefen
(…)
Dieses Produkt kommt für Kunden in Betracht, die eine attraktive langfristige EUR-Anlage suchen und dabei bereit sind, die mit einer tief nachrangigen Anlage verbundenen erhöhten Ausfallrisiken in Kauf zu nehmen.
(…)
Kupon: Nicht kumulativ (…).
Zahlungen (…) werden jährlich nachträglich jeweils zum 18. Juni (…) in Höhe van 10% p.a. (…) geleistet (…)."

2.3 Op 6 juli 2010 heeft Consument aan Aangeslotene gemaild:

"(…) Toen jij destijds ons deze obligatie hebt aanbevolen heb jij er niet bij verteld dat deze niet-cumulatief was. Pas toen ik in februari 2010 vroeg waarom die koers zo laag bleef heb ik pas de pdf info van jou ontvangen over deze obligatielening waarin stond dat deze niet-cumulatief was, maar toen was het te laat. (…)
Hoe dan ook heb jij ons niet juist/onvolledig geïnformeerd, want deze obligatie zou ik nooit, maar dan ook nooit hebben opgenomen met de wetenschap dat deze niet-cumulatief was. Ik hoor dan ook graag (…) wanneer jij de gemiste rente van € 3.100, waarvoor Groenstate verantwoordelijk / aansprakelijk is, wilt vergoeden. (…)"

2.4 Op 10 juli 2010 heeft Consument aan Aangeslotene gemaild:

"(…) jouw antwoord (…) is niet overeenkomstig de werkelijkheid. (…)

- Het is toch duidelijk dat een obligatie dient om cash flow te genereren als een zeker product van een betrouwbaar bedrijf; dus wat dat betreft weet jij precies wat in dit geval de wens van ons (…) was.

(…)

- Om te beginnen heb jij hier bij mij thuis in aanwezigheid van (naam) deze obligatie aanbevolen. Op mijn vraag aan jou over de achtergrond van een dergelijk hoog rentepercentage vertelde jij dat deze achtergestelde lening bedoeld was ter versterking van het eigen vermogen en daarom niet zo groot was (getallen zijn toen niet genoemd). Gezien de enorme grootte van deze bank was er geen probleem met deze lening. (…)"

2.5 Op 29 augustus 2011 heeft Aangeslotene aan Consument gemaild:

"(…) tijdens het gesprek van 05-02-2009 heb ik beslist NIET aanbevolen om te kopen, jij wilde bijkopen. Daarom heb ik de notitie ook zo gemaakt dat er staat "de heer (naam Consument) gaat kopen". (…)"

2.6 In antwoord op de laatstgenoemde e-mail heeft Consument op 30 augustus 2011 aan Aangeslotene gemaild:

"(…) Ja, natuurlijk is dat bijkopen als dit fonds al in de portefeuille zit, maar wel besproken en zeker niet afgeraden! Het fonds Anglo Irish heb ik dan zeker ook zelf bedacht, want dat staat er in dezelfde zin met dezelfde woorden en is zeker ook niet door jou geadviseerd. Het is vreemd dat jij stug blijft volhouden dat de Österr. Volksbank nooit is geadviseerd, ondanks alles op papier. Hoe noem je dat ook weer in goed Nederlands "een slechte verliezer", echt jammer maar dat is dan maar zo en daarvan akte. (…)"

2.7 Bij brief van 21 september 2011 heeft Consument aan Aangeslotene geschreven:
"(…) Betr. Overeenkomst tot Vermogensadvisering voor ons privé en voor de Stichting (…)
Wij zijn (…) tot de overtuiging gekomen dat de Groenstate adviesfunctie al tijden niet beantwoordt aan onze door u oorspronkelijk gewekte verwachtingen en gemaakte afspraken. Daarnaast vinden wij het niet acceptabel dat Groenstate weigert om verantwoordelijkheid te accepteren voor het geven van koopadviezen voor de obligaties van Österreichische Volksbanken (…). (…)
Het bovenstaande heeft ons doen besluiten dat wij per 1 oktober 2011 bovengenoemde overeenkomsten opzeggen. (…)"

2.8 Consument heeft een e-mail van 13 augustus 2012 overgelegd, waarin Volksbank hem bericht dat zij heeft besloten tot een afstempeling van 70% op de obligatie.

2.9 Consument heeft een klacht bij Aangeslotene ingediend en vervolgens bij de Ombudsman. De Ombudsman heeft bij brief van 10 april 2013 zijn oordeel gegeven; aan dit oordeel heeft hij als aanbeveling verbonden dat Aangeslotene een bedrag van € 3.100 betaalt, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 18 juni 2010. Aangeslotene heeft daarop bij brief van 26 april 2013 geschreven dat zij onder voorwaarde van 'finale kwijting van Groenstate inzake uw (…) klacht' bereid was een bedrag van € 3.100 aan Consument te betalen, vermeerderd met wettelijke rente ad € 301,12. Consument heeft bij brief van 29 april 2013 geantwoord dat hij niet akkoord ging met dit voorstel van Aangeslotene, omdat hij zich niet kon vinden in het schadebedrag zoals dit door de Ombudsman was berekend.

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die hij heeft geleden op de obligatie. Voor zover de schade is ontstaan door ontoereikende voorlichting over het niet-cumulatieve karakter van de obligatie, wordt deze door Consument begroot op € 3.100; de schade als gevolg van ontoereikende voorlichting over de mogelijkheid van afstempeling wordt begroot op € 17.995,81. Over beide schadeposten wordt wettelijke rente gevorderd.

3.2 In zijn klacht bij de Ombudsman heeft Consument nog een andere schadepost opgenomen, te weten de schade die zou zijn ontstaan doordat een claim van Consument niet naar behoren is ingediend bij de claim administrator van X. In het oordeel van de Ombudsman wordt overwogen dat Aangeslotene uit coulance is overgegaan tot uitbetaling van het geclaimde bedrag en in de procedure bij de Commissie is Consument niet nader op dit klachtonderdeel ingegaan. Gelet zal de Commissie deze schadepost buiten beschouwing laten.

3.3 Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Het beroep op overschrijding van reglementaire termijnen.

4.1 Aangeslotene voert aan dat Consument niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat de klacht te laat aan de Ombudsman is voorgelegd. Zij stelt dat de klacht reeds eerder, op 6 juli 2010, bij Aangeslotene is ingediend en door Aangeslotene definitief is afgewezen; uit de e-mail van Consument van 30 augustus 2011 blijkt volgens Aangeslotene dat hij begreep dat zijn klacht was afgehandeld.
4.2 Dit beroep op termijnoverschrijding wordt verworpen. De correspondentie waarnaar Aangeslotene verwijst – geciteerd in overweging 2.3 tot en met 2.7 hiervoor – bevat geen bewoordingen waaruit blijkt dat de klacht definitief door Aangeslotene was afgewezen en dat Consument heeft moeten begrijpen dat hij zijn klacht aan de Ombudsman moest voorleggen.
Beoordeling van de voorlichting en de vordering tot schadevergoeding
4.3 Vast staat dat tussen partijen een adviesrelatie heeft bestaan. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger, desgewenst na verkregen advies, zelf beslist over het al dan niet uitvoeren van beleggingstransacties. Omdat de belegger in een adviesrelatie uiteindelijk zelf de beslissingen neemt, is hij in beginsel verantwoordelijk voor de gevolgen daarvan. Dit kan slechts anders zijn als vast komt te staan dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. Of Aangeslotene in dit geval bij het adviseren aan deze maatstaf heeft voldaan, is afhankelijk van verschillende omstandigheden, waaronder de vraag of Aangeslotene Consument toereikend heeft voorgelicht over de wezenlijke kenmerken van de geadviseerde effecten.
4.4 Tussen partijen is niet in geschil dat Consument ontoereikend is voorgelicht over het niet-cumulatieve karakter van de obligatie en dat Aangeslotene op die grond een bedrag van € 3.100 dient te vergoeden. Dit deel van de vordering zal daarom worden toegewezen.
4.5 Partijen zijn het oneens over de vraag of Aangeslotene schade dient te vergoeden wegens ontoereikende voorlichting over de mogelijkheid van afstempeling. De Commissie overweegt dat de mogelijkheid van afstempeling een wezenlijk kenmerk van de obligatie is. Verder is van belang dat Consument gemotiveerd heeft gesteld dat Aangeslotene hem niet op dit kenmerk van de obligatie heeft gewezen en dat deze stelling door Aangeslotene niet gemotiveerd is weersproken, noch aan de hand van specifieke stellingen, noch door het overleggen van stukken. Daarmee is komen vast te staan dat de voorlichting op dit punt ontoereikend is geweest en dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen.
4.6 Aan de orde is vervolgens of Aangeslotene de schade moet vergoeden die door dit tekortschieten is veroorzaakt. Naar het oordeel van de Commissie is dit niet het geval, omdat er geen causaal verband bestaat tussen dit tekortschieten en de gestelde schade. Immers, de door Consument vermelde schade – de waardedaling van de obligatie, begroot op € 17.995,81 – is geen gevolg van ontoereikende voorlichting, maar van verwezenlijking van het risico op insolventie van de emittent van de obligatie. Dat is een debiteurenrisico dat niet specifiek is voor de obligatie die hier ter discussie staat, maar eveneens bestaat bij obligaties van andere emittenten die niet de mogelijkheid van afstempeling kennen. Consument zou dus evengoed een debiteurenrisico hebben gelopen als Aangeslotene hem wèl had voorgelicht over de mogelijkheid van afstempeling, zelfs als hij in dat geval zou hebben besloten andere obligaties te kopen. Daar komt nog bij dat Consument bekend was met het debiteurenrisico; uit de e-mail van 10 juli 2010 (zie overweging 2.4 hiervoor) blijkt

immers dat hij voor aankoop van de obligatie heeft gevraagd waarom het rentepercentage van de obligatie zo hoog was en dat Aangeslotene heeft geantwoord dat de hoge rente samenhing met het feit dat het ging om een achtergestelde lening, bedoeld ter versterking van het eigen vermogen van Volksbank.

Overige schadeposten: wettelijke rente en eigen bijdrage

4.7 De vordering tot vergoeding van wettelijke rente over het toegewezen bedrag zal worden toegewezen. Tussen partijen is niet in geschil dat de wettelijke rente moet worden berekend vanaf 18 juni 2010. Van belang is ook dat Aangeslotene stelt dat zij geen wettelijke rente verschuldigd is over de periode vanaf 26 april 2013, omdat zij op die dag heeft voorgesteld de schadevergoeding zoals berekend door de Ombudsman te betalen en Consument dit voorstel heeft afgewezen. In dit standpunt kan Aangeslotene echter niet worden gevolgd, omdat zij in haar brief van 26 april 2013 aan betaling de voorwaarde heeft verbonden van 'finale kwijting' inzake de klacht, waarmee naar de Commissie begrijpt werd bedoeld dat zij alleen bereid was te betalen als Consument van zijn kant afstand zou doen van zijn vordering tot schadevergoeding op Aangeslotene. Dit betekent dat het verzuim van Aangeslotene om de verschuldigde schadevergoeding te voldoen niet is opgeheven door de brief van 26 april 2013, zodat zij ook over de periode daarna wettelijke rente verschuldigd is. Gelet daarop zal de wettelijke rente worden toegewezen over de periode vanaf 18 juni 2010 tot aan de dag van algehele betaling van het toegewezen bedrag van € 3.100.

4.8 De eigen bijdrage van Consument ad € 50 komt niet voor vergoeding in aanmerking. Dit is een gevolg van het feit dat Aangeslotene niet in overwegende mate in het ongelijk is gesteld; in deze uitspraak wordt immers, afgezien van de wettelijke rente na 26 april 2013, alleen een schadepost toegewezen waartegen Aangeslotene geen verweer heeft gevoerd.

Slotsom

4.9 Gezien het voorgaande dient Aangeslotene een bedrag van € 3.100 te vergoeden, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 18 juni 2010 tot aan de dag van algehele betaling. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie beslist als bindend advies:

(a) dat Aangeslotene, binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument een bedrag van € 3.100 vergoedt, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 18 juni 2010 tot aan de dag van algehele betaling; en

(b) dat 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.