Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 303 d.d. 8 november 2011
(mr. C.E. du Perron, voorzitter en prof. drs. A.D. Bac RA en J.C. Buiter, leden en mr. E.E. Ribbers, secretaris)

Samenvatting

Beleggingsadviesrelatie. Volgens Consument is advies tot aankoop van achtergestelde en perpetuele effecten onvolledig en onjuist geweest. Na door Aangeslotene betaalde vergoeding voor opgetreden koersdaling heeft Consument de effecten aangehouden. Volgens de Commissie dient Consument na ontvangst van de vergoeding te worden geacht voldoende op de hoogte te zijn van de kenmerken en risico's van de effecten en heeft hij de effecten daarna op eigen risico aangehouden.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening overgelegde dossier;
- het ingevulde en op 17 maart 2010 door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen;
- het antwoord namens Aangeslotene van 7 december 2010 met bijlagen;
- de repliek van Consument van 13 januari 2011 met bijlagen;
- de brief van Consument van 24 februari 2011 met bijlage;
- de dupliek van Aangeslotene van 1 maart 2011met bijlagen;
- de brief van Aangeslotene van 17 maart 2011;
- het emailbericht van Consument van 19 september 2011 met afschriften van tussen Consument en Aangeslotene gevoerde gesprekken.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.
De Commissie heeft voorts vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.
De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op woensdag 21 september 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Tussen Aangeslotene en Consument bestaat sinds 2002 een effectendienstverleningsrelatie op basis van advies.
2.2 Op 6 juni 2005 heeft de beheervennootschap (de "BV") van Consument op advies van Aangeslotene voor € 75.000 effecten (de "Effecten") aangekocht. Ten tijde van de advisering hadden deze Effecten een A-rating.
2.3 Bij de Effecten gaat het om twee verschillende achtergestelde perpetuele financiële instrumenten namelijk voor € 50.000 VAR Depfa Funding III 05 en voor € 25.000 7% Deutsche Bank Cap Fund 05. De couponrente bedraagt in beide gevallen de eerste vijf jaren 7% en wordt daarna in het geval van de DEPFA

obligatie gevormd door de 10-jaars rente met een opslag van 0,10% en in het geval van de Deutsche Bank obligatie door 10 maal het verschil te nemen tussen de 10-jaars rente en de 2-jaars rente met een minimum van 1,75% en als maximum de hoogte van de 10-jaars rente.

2.4 Het risicoprofiel van de effectenportefeuille van de BV is door Aangeslotene aangemerkt als zeer defensief. Volgens de door Aangeslotene gehanteerde normen wordt bij een zeer defensief risicoprofiel ongeveer 60% belegd in obligaties en ongeveer 40% in liquiditeiten.

2.5 Na de aankoop van de Effecten is de koers gedaald. Bij e-mailbericht van 3 november 2005 heeft Consument aan Aangeslotene zijn ongenoegen over de koersdaling geuit. In 2006 heeft Consument na verdere koersdaling opnieuw bij Aangeslotene geklaagd. In oktober 2006 heeft Aangeslotene Consument een bedrag van € 2.610 betaald als vergoeding (hierna: de "Vergoeding") voor de koersdaling tot en met 24 augustus 2006. De achterliggende berekening van de Vergoeding is door Aangeslotene bij e-mailbericht, gedateerd 13 oktober 2006, aan Consument toegezonden. Onder dit e-mailbericht staat het volgende: "Vertrouwend u hiermee van dienst te zijn, sluiten wij voorgoed dit hoofdstuk."

2.6 Na de betaling van de Vergoeding heeft de BV de Effecten verkocht aan Consument in privé. Op 18 april 2008 heeft Consument zich opnieuw bij Aangeslotene beklaagd over de koersdaling.

3. Geschil

3.1 Consument vordert dat de Commissie beslist dat Aangeslotene de Effecten van Consument dient over te nemen tegen betaling van de oorspronkelijke aanschafprijs onder aftrek van de Vergoeding.

3.2 Deze vorderingen steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:
Aangeslotene is jegens Consument tekortgeschoten in haar zorgplicht door hem een onvolledig en onjuist advies te geven tot aankoop van de Effecten.
De na de koop op 6 juni 2006 toegezonden Term Sheet/Security Description was geen prospectus en bevatte geen voor Consument begrijpelijke informatie. Hiernaast pasten de Effecten niet binnen het zeer defensieve profiel van de portefeuille van de BV die gericht is op een oudedagsvoorziening.
Ten aanzien van de Vergoeding stelt Consument zich op het standpunt dat er geen sprake is van een schikking en finale kwijting en dat de betaling alleen ziet op het koersverlies tot augustus 2006. Ook de voor Consument na de betaling van de Vergoeding ontstane schade is het gevolg van het onjuiste en en onvolledige advies van Aangeslotene. De verkoop van de Effecten aan Consument in privé was op advies van Aangeslotene omdat Aangeslotene dan in verband met de fiscale gevolgen van de betaling slechts de helft van de ontstane schade hoefde te betalen. Dat Consument de Effecten niet verkocht heeft is omdat Aangeslotene geen verkoopadvies heeft gegeven.
Inzake zijn ontvankelijkheid op grond van artikel 10 lid 1 onder a en e van het Reglement van de Commissie stelt Consument dat hij voortdurend zijn zorgen over de koersdalingen aan Aangeslotene kenbaar heeft gemaakt. Om deze reden kan ook van toepasselijkheid van artikel 6:89 BW kan dan geen sprake zijn.

3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:
De Vergoeding is betaald in het kader van een mondeling overeengekomen schikking waaraan Consument is gebonden. Na aanvaarding van de Vergoeding heeft Consument twee jaar gewacht alvorens opnieuw over de Effecten te klagen. Hierdoor heeft Consument zijn recht om over het advies te klagen verwerkt op grond van artikel 6:89 BW. Aangeslotene wijst er in dit verband ook op dat Consument bewust gekozen heeft om na ontvangst van de Vergoeding de Effecten aan te houden gezien de overdracht door de BV aan Consument in privé welke overdracht niet op advies van Aangeslotene is geschied. Consument heeft hierdoor ingestemd met de advisering in 2005 en de risico's uit hoofde van de Effecten. Consument kan Aangeslotene daarom niet meer aanspreken voor de na betaling van de Vergoeding opgetreden koersdalingen.
Verder is de klacht van Consument op grond van artikel 10 lid 1 onder a en e van het Reglement van de Commissie niet-ontvankelijk en is de BV niet als een consument in de zin van het Reglement van de Commissie te beschouwen.
Van onvolledig en onjuist advies is geen sprake. Aangeslotene heeft een advies heeft gegeven dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht. In het adviesgesprek zijn de kenmerken en risico's uitgebreid besproken aan de hand van de Term Sheet van de Deutsche Bank obligatie en de Security Description op Reuters voor de Depfa obligatie.
De negatieve koersontwikkeling is te wijten aan de renteontwikkeling en de financiële crisis. Het advies paste tevens binnen het risicoprofiel van de portefeuille. De Effecten maakten slechts 2,8% uit van het totaal belegde vermogen en 16,5% van het obligatiedeel van de BV. Ten tijde van de advisering stonden perpetuele leningen te boek als zeer veilig.
Ten slotte dient, voor het geval de Commissie oordeelt dat sprake is van een ondeugdelijk advies, in de schadeberekening rekening te worden gehouden met de ontvangen rentecouponnen alsmede met het verlies dat Consument zou hebben geleden op een belegging die Aangeslotene wel had mogen adviseren.

4. Zitting

4.1 Ter zitting hebben Consument en Aangeslotene hun standpunten nader toegelicht. Consument overhandigt de Commissie en Aangeslotene een artikel uit Der Spiegel uit maart 2004 over de Depfa bank.

5. Beoordeling

5.1 Het verweer van Aangeslotene dat de BV geen consument is in de zin van artikel 1 van het Reglement van de Commissie is, wordt verworpen. In artikel 1 wordt - voor zover hier van belang - onder Consument verstaan: "De afnemer van een betaaldienst, financiële dienst of elke andere bij een overeenkomst betreffende een financieel product of financiële dienstverlening middellijk of onmiddellijk belanghebbende, indien en voor zover die afnemer of andere belanghebbende een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Onder dit begrip wordt tevens geschaard: a) de rechtspersoon, waarvan de doelstelling is gericht op het particuliere belang van bestuurders en/of deelnemers (….)." Naar het oordeel van de Commissie is de BV te beschouwen als een rechtspersoon waarvan de doelstelling is gericht op het particuliere belang van bestuurders en/of deelnemers en heeft zij voor de toepassing van het Reglement als Consument te gelden. De Commissie wijst in dit verband op onder meer een brief van Aangeslotene van 29 juni 2006 gericht aan de BV waarin Aangeslotene de met Consument als bestuurder van de BV gemaakte afspraken over de effectenportefeuille van de BV bevestigt en schrijft dat de beleggingsdoelstelling van de BV die van pensioenvoorziening is. Verder blijkt uit het door Aangeslotene in het kader van het dupliek meegezonden uittreksel uit het Handelsregister dat Consument in privé enig aandeelhouder en enig bestuurder van de BV is.

5.2 Het verweer van Aangeslotene dat Consument op grond van artikel 10 lid 1 onder a en e van het Reglement van de Commissie niet-ontvankelijk is in haar klacht, wordt eveneens verworpen. Naar het oordeel van De Commissie liggen de feiten niet te ver in het verleden, heeft Consument tijdig geklaagd, is de Commissie op grond van de door Consument en Aangeslotene verschafte informatie in staat zich een oordeel te vormen over de gang van zaken rond de advisering en daarna en is Aangeslotene niet in haar procesbelang geschaad.

5.3 Tussen Consument en Aangeslotene bestaat een effectendienstverleningsrelatie op basis van advies. Het uitgangspunt daarbij is dat Consument zelf het beleggingsbeleid bepaalt en verantwoordelijk is voor aan- en verkoopbeslissingen en de samenstelling van zijn effectenportefeuille. De aansprakelijkheid van Aangeslotene is beperkt tot adviezen die een redelijk handelend en redelijk bekwaam beleggingsadviseur niet had mogen geven.

5.4 De Commissie stelt vast dat Aangeslotene Consument in juni 2005 heeft geadviseerd tot aankoop van de Effecten. In het kader van de advisering heeft Aangeslotene Consument voorzien van de Term Sheet van de Deutsche Bank obligatie en de Security Description op Reuters voor de Depfa obligatie waarin de belangrijkste kenmerken van de Effecten worden vermeld.
Na de aankoop van de Effecten heeft Aangeslotene Consument naar aanleiding van diens klachten over de opgetreden koersdalingen in oktober 2006 de Vergoeding betaald voor de koersdalingen tot en met 24 augustus 2006.

5.5 Partijen twisten erover of de Vergoeding al dan niet als een schikking tussen partijen moet worden beschouwd over door Consument gestelde onjuiste en onvolledige advisering door Aangeslotene ten tijde van de aankoop van de Effecten. De Commissie laat in het midden of er wel of geen sprake is van een schikking maar stelt vast dat Consument geacht moet worden in ieder geval ten tijde van de betaling van de Vergoeding voldoende op de hoogte te zijn geweest van de kenmerken en risico's van de Effecten, enerzijds door de opgetreden koersdalingen en het tussentijdse overleg daarover en anderzijds door de eerder door Aangeslotene verstrekte informatie bij wege van mondelinge advisering en de verschaffing van de Term Sheet van de Deutsche Bank obligatie en de Security Description op Reuters voor de Depfa obligatie.

5.6 Na de betaling van de Vergoeding zijn de Effecten overgeboekt naar Consument in privé. Consument stelt dat dit op advies van Aangeslotene is gebeurd maar Aangeslotene betwist dit. De standpunten van partijen staan hier lijnrecht

tegenover elkaar. Uitgangspunt is dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten - bij voldoende betwisting door de wederpartij - zijn stelling moet bewijzen. Omdat Consument stelt dat de overboeking van de Effecten op advies van Aangeslotene is geschied, rust de bewijslast op hem. Afgezien van de eigen verklaring van Consument is echter geen enkel ander bewijs voor zijn stelling voorhanden. De Commissie is om die reden van oordeel dat Consument tegenover de betwisting door Aangeslotene niet voldoende bewijs heeft geleverd. Dit betekent dat niet vast is komen te staan dat de overboeking van de Effecten aan Consument in privé op advies van Aangeslotene is gebeurd en dat de Commissie er vanuit gaat dat de overboeking op eigen initiatief van Consument heeft plaatsgevonden.

5.7 Nu Consument geacht moet worden ten tijde van de betaling van de Vergoeding voldoende op de hoogte te zijn geweest van de kenmerken en risico's van de Effecten en de overdracht van de Effecten op eigen initiatief van Consument heeft plaatsgevonden, vloeit daaruit voort dat Consument de Effecten vanaf het tijdstip van de betaling van de Vergoeding op eigen risico heeft aangehouden en Aangeslotene niet meer kan aanspreken over de advisering respectievelijk opgetreden koersdalingen. Dit leidt ertoe dat de Commissie de vordering van Consument zal afwijzen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering van Consument 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.