Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr.2014-49 d.d. 23 januari 2014
(prof.mr. C.E. du Perron, voorzitter, prof.drs. A.D. Bac RA, G.J.P. Okkema, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

Adviesrelatie. Erflater heeft onder meer belegd in een [A] product en een [Z] perpetuele lening. Alhoewel de Commissie van oordeel is dat de portefeuille een teveel aan niet als defensief te kenschetsen producten bevatte acht zij het niet aannemelijk dat de erflater bij een waarschuwing omtrent de niet passendheid van deze producten het vermogen op andere wijze zou hebben belegd. De Commissie is evenwel van oordeel dat Aangeslotene zich onvoldoende voortvarend en in onvoldoende aantoonbare mate in de wensen van de erfgenamen heeft verdiept. Aangeslotene is aldus in haar zorgplicht jegens Consumenten tekortgeschoten. De Commissie becijfert de schade aan de hand van eigen onderzoek naar de koersontwikkelingen van beide producten. Aangezien Consumenten ook zelf verantwoording dragen voor de geleden schade vermindert de Commissie de op Aangeslotene rustende schadevergoedingplicht met de helft.

Consumenten,

tegen

ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief van Consument van 26 januari 2013;
- het door Consument ondertekende vragenformulier van 16 mei 2013 met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 30 oktober 2013 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Tussen de – begin april 2007 overleden – vader van Consumenten en Aangeslotene heeft een beleggingsrelatie bestaan op basis van advies.

2.2. Aangeslotene heeft de vader van Consumenten in 2002 een beleggingsvoorstel doen toekomen waaruit volgt dat het beleggersprofiel "voorzichtig" is, het te beleggen vermogen € 85.000 betrof, het doel "het genereren van inkomsten" was, de rendementsdoelstelling 4 tot 6% gemiddeld op jaarbasis behelsde en de adviesrelatie wordt gekenschetst als een van "adviserend beheer". Een "voorzichtig"profiel houdt volgens de op de relatie van toepassing zijnde Voorwaarden en wegwijzer Effectendienstverlening in dat tussen 0% en 100% wordt belegd in obligaties en tussen 0% en 100% in liquiditeiten. Aangeslotene heeft in het voorstel opgemerkt op basis van de uitgangspunten de vader van Consumenten te adviseren en voorts:
"In uw effectenportefeuille zit nu voor circa € 50.000,00 de 6,625% Perpetueel Achtergestelde Obligatie [X]. In het kader van risicospreiding adviseren wij u het totaal te beleggen bedrag ad € 85.000,00 te verdelen over 5 perpetuele leningen."

2.3. De vader van Consumenten heeft het belang in de [X] perpetual verder uitgebreid tot in totaal € 125.000,00 nominaal zonder in andere effecten te beleggen. Deze belegging viel in augustus 2006 vrij. Voorafgaand daaraan heeft de vader een gesprek gehad met zijn adviseur bij Aangeslotene waarbij ook een van zijn zonen (en latere erfgenaam) aanwezig was. Naar aanleiding daarvan heeft Aangeslotene de vader op 16 juni 2006 een brief gestuurd waarin zij informatie heeft opgenomen over twee producten, te weten:
"5,25% preferente aandelen [Y] Bank (hierna te noemen: het [A] product)
Met preferente aandelen kan in beginsel een hoger rendement worden behaald dan met obligaties. Preferente aandelen met een vast dividendpercentage plegen zich ter beurze te gedragen als een obligatiebelegging. Preferente aandelen hebben geen specifieke looptijd, waardoor het koersrisico kan worden vergeleken met langlopende – achtergestelde- obligaties. Veelal heeft de uitgevende instelling het recht de preferente aandelen op enig moment af te lossen tegen de nominale waarde. Deze stukken zijn vanaf 30 juni 2010 jaarlijks vervroegd aflosbaar. De huidige koers is 93,65%. Het effectieve rendement bij deze koers is 7,04%
4,337% [Z] Floating Rate Note (hierna te noemen: het [Z] product)
Deze lening keert per kwartaal een variabele couponrente uit. (…) De couponrente wordt vastgesteld op de dan geldende 10 jaars Franse staatsrente verhoogd met een opslag van 0,2%. De huidige rente 4,337%. De lening is vanaf 2 december 2008 naar keuze van [Z] vervroegd aflosbaar. De huidige koers is 87,00%. Het effectieve rendement bij deze koers is 10,25%."

2.4. De vader heeft vervolgens op 18 juli 2006 opdrachten tot aanschaf van deze producten gegeven. De transactienota van het [Y] product vermeldt onder meer:
"[Y] 05/--/49 5,25

31.000 stuks	koers 95,778710
Affairebedrag	EUR 29.691,40
Rente 21 dag(en)	EUR 94,94
Effectief bedrag	EUR 29.786,34
Provisie	EUR 260,15"

De transactienota van het [Z] product vermeldt onder meer:
"[Z] PERPETUAL 2003 4,84200

34.000 stuks	koers 87,750000
Affairebedrag	EUR 29.835,00
Rente 49 dag(en)	EUR 200,71
Effectief bedrag	EUR 30.035,71
Provisie	EUR 261,14"

2.5. In mei 2012 heeft een van de Consumenten (in zijn hoedanigheid als wettelijk vertegenwoordiger en op grond van de verklaring van erfrecht daartoe bevoegd) opdracht gegeven de beide producten te verkopen.
Het [A] product is verkocht tegen een koers van 56,50%, voor een bedrag van € 18.943,75 en het [Z] product in twee tranches tegen een koers van 44,0% voor een bedrag van € 6.222,99 respectievelijk een koers van 43,44% voor een bedrag van € 8.776,79, in totaal voor € 14.999,78.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consumenten vorderen vergoeding van de geleden schade, begroot op circa € 29.573,58. Dit bedrag bestaat uit het koersverlies op de [A] en [Z] producten (circa € 26.343) en tweemaal de misgelopen coupons op het [A] product à € 1.615,29.

3.2. Consumenten leggen aan deze vordering onder meer ten grondslag dat Aangeslotene haar zorgplicht heeft verzaakt door het beleggingsprofiel van de vader niet goed te hanteren en de vader niet afdoende te informeren bij de aanschaf van de obligaties. Zijn beleggingsprofiel kwam niet overeen met de aangekochte obligaties. Voorts is de verwachting gewekt dat het ging om veilige beleggingen met een bepaalde looptijd en dit was niet het geval. Bij aankoop is niet over het perpetuele karakter gesproken maar over reguliere obligaties met een looptijd van vier jaar.
Ook na het overlijden van de vader is Aangeslotene tekort geschoten in de zorg die zij jegens Consumenten als erven diende te betrachten.

3.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

4.1. De Commissie stelt vast dat tussen Aangeslotene en de overleden vader van Consumenten 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 adviesrelatie 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. De Commissie begrijpt de klacht over de advisering aan de vader van Consumenten aldus, dat Aangeslotene daarbij tekort is geschoten daar de geadviseerde producten niet pasten bij het voor hem geldende voorzichtige beleggingsprofiel en zij hem voorts niet in voldoende mate heeft voorgelicht over deze producten. Aangeslotene heeft zich hiertegen verweerd en onder meer aangevoerd dat het advies producten van solide instellingen betrof en dat zij de vader meermaals en uitgebreid heeft geïnformeerd over de productkenmerken.

4.3. Naar het oordeel van de Commissie, en in lijn met haar vaste rechtspraak, bevatte de portefeuille een teveel aan niet als defensief te kenschetsen producten. De specifieke eigenschappen van die producten brengen mee dat sprake kan zijn van risico's die onder bepaalde omstandigheden niet onderdoen voor het risico dat verbonden is aan zakelijke waarden. Daarmee is gegeven dat de portefeuille niet aan het profiel voldeed. Gelet hierop stelt de Commissie vast dat Aangeslotene in de advisering jegens de vader te kort is geschoten en de klacht op dit onderdeel terecht is voorgesteld. De Commissie acht het echter, in het licht van de informatie die Aangeslotene aan de vader over de producten heeft verstrekt, niet aannemelijk dat de vader bij een waarschuwing van Aangeslotene omtrent de niet passendheid van deze producten het vermogen op andere wijze zou hebben belegd, waardoor een ander (en wellicht beter) resultaat zou zijn bereikt. Daarbij acht de Commissie nog van belang de omstandigheid dat de vader reeds eerder in perpetuele leningen had belegd. Bovendien is uit zijn eerdere beleggingsbeslissingen (zoals het uitbreiden van de positie in de Fortis perpetual) een zekere risicobereidheid op te maken die deze zienswijze ondersteunt. Enige onzekerheid op dit punt is gelet op het overlijden van de vader niet meer weg te nemen, hetgeen naar redelijkheid niet aan Aangeslotene kan worden toegerekend. Dit klachtonderdeel kan dan ook niet tot toewijzing van de vordering leiden. De klacht ten aanzien van de informatievoorziening deelt dit lot. Gelet op de verstrekte informatie had de vader bij bestudering daarvan immers voldoende duidelijk moeten zijn dat geen sprake was van een vaste looptijd van deze producten.

4.4. Anders is dit voor het verwijt dat Consumenten Aangeslotene maken over haar handelwijze na het overlijden van de vader. De Commissie oordeelt daarover als volgt. Aan Aangeslotene was bekend dat de vader was komen te overlijden. Daarmee was naar haar zeggen de relatie dan ook tot een einde gekomen. De portefeuille van de erflater verbleef evenwel onder haar administratie en haar was bekend wie de erfgenamen (Consumenten) waren, zoals mede blijkt uit de nadien door de betrokken adviseur met een van de erfgenamen gehouden gesprekken.

4.5. Uit deze bekendheid vloeit een zekere verplichting voort jegens Consumenten als erfgenamen. In ieder geval rustte op Aangeslotene de plicht na te gaan of Consumenten de portefeuille ongewijzigd wilden continueren, zoals is geschied. Daartoe was noodzakelijk te inventariseren wat de wensen van Consumenten waren. Daarbij had dan eveneens de vraag kunnen worden voorgelegd of Consumenten gelet op de verdeling van de nalatenschap de portefeuille wilden liquideren en zo nee, of zij voldoende op de hoogte waren van de samenstelling van de portefeuille en of zij bekend waren met de kenmerken van de erin aanwezige stukken alsook met de risico's ervan. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene uit eigen beweging contact op had dienen te nemen met de erfgenamen om een dergelijke inventarisatie uit te voeren en wel binnen een redelijke termijn nadat zij bekend werd met het overlijden van de erflater, waarbij de Commissie in dit geval een periode van drie maanden als redelijk beschouwt.

4.6. De Commissie concludeert dat Aangeslotene zich niet van deze plicht heeft gekweten, niettegenstaande haar referenties aan de gesprekken met een van de

erfgenamen. Partijen verschillen namelijk (sterk) van mening over hetgeen daarin te berde is gebracht. Zo is niet komen vast te staan dat Aangeslotene Consumenten tijdens die gesprekken, zoals zij stelt, heeft gewezen op de mogelijkheid de stukken te verkopen. Tegenover de gemotiveerde betwisting door Consumenten heeft Aangeslotene niet voldoende ingebracht om die stelling aannemelijk te maken. Voorts acht de Commissie het ter zitting door de erfgenamen herhaalde standpunt dat zij ter verdeling van de nalatenschap zo spoedig mogelijk de portefeuille wensten te liquideren, aannemelijk.

4.7. Gelet op het voorgaande oordeelt de Commissie dat Aangeslotene zich onvoldoende voortvarend en in onvoldoende aantoonbare mate in de wensen van de erfgenamen heeft verdiept. Zij had dat echter wel behoren te doen, in haar hoedanigheid van professionele dienstverlener, zeker nu zij niet op voorhand mocht aannemen dat Consumenten de portefeuille ongewijzigd wilden voortzetten noch dat Consumenten voldoende kennis omtrent de portefeuille bezaten. In dit verband is tevens van belang dat het om een aanzienlijk bedrag ging. De Commissie komt tot het oordeel dat Aangeslotene aldus in haar zorgplicht jegens Consumenten is tekortgeschoten.

4.8. Gelet op de omstandigheid dat de Commissie het aannemelijk acht dat Consumenten zo snel mogelijk tot verkoop van de producten over hadden willen gaan, zoals hiervoor onder 4.6. reeds vermeld, is daarmee tevens het noodzakelijke verband komen vast te staan. De Commissie neemt aan dat Aangeslotene in ieder geval in de maand volgend op het overlijden van de vader van dat overlijden kennis heeft genomen en neemt gelet op de hiervoor genoemde redelijke termijn ter bepaling van de schade 1 augustus 2007 als ijkpunt.

4.9. De schade welke Consumenten hebben becijferd kan, nu zij ter bepaling daarvan de waarde van de producten op de aanschafdatum hebben genomen, niet als vertrekpunt dienen bij de begroting van enig te vergoeden nadeel. De Commissie heeft derhalve onderzoek gedaan naar de koersontwikkelingen van beide producten.
De koers (in procenten) van het [A] product was op 1 augustus 2007 91,35 (aanschafkoers: 95,78). Het vertegenwoordigde daarmee een waarde van € 28.318,50.
De koers (in procenten) van het [Z] product was op 1 augustus 2007 86,35 (aanschafkoers: 87,75). Het vertegenwoordigde daarmee een waarde van € 29.359,00.
De totale waarde van beide producten bedroeg op dat moment derhalve € 57.677,50.
Het [A] product is verkocht tegen een koers van 56,50%, voor een bedrag van € 18.943,75 en het [Z] product is in twee tranches verkocht tegen een koers van 44,0% voor een bedrag van € 6.222,99 respectievelijk een koers van 43,44% voor een bedrag van € 8.776,79, in totaal voor € 14.999,78.
De totale verkoopopbrengst van beide producten bedroeg derhalve € 33.943,53.
De Commissie bepaalt de hoogte van het geleden koersverlies en de in beginsel voor vergoeding in aanmerking komende schade alsdan op € 23.733,97.

4.10. Daarop dient in mindering te worden gebracht de na 1 augustus 2007 op beide producten uitgekeerde vergoedingen, voorzover deze een rente van 2,5% (op

jaarbasis) te boven gingen. In de stellingen van Consumenten ligt immers besloten dat zij de producten direct zouden hebben verkocht om het aldus liquide gemaakte verkoopbedrag onder de erfgenamen te verdelen; na dat moment zou geen sprake meer geweest zijn van een rentevergoeding anders dan een gewone spaarrente. Dit laatste is ook de reden dat de door Consumenten gevorderde misgelopen en door hen als zodanig omschreven "coupons" op het [A] product van na die datum niet voor toewijzing in aanmerking komen.

4.11. Aangeslotene heeft nog een beroep gedaan op eigen schuld zijdens Consumenten. De Commissie oordeelt dat het voor Consumenten duidelijk was dat de effectenportefeuille onderdeel van de nalatenschap uitmaakte. Zo was een van hen in de laatste jaren van de relatie met de vader bij de gesprekken met de adviseur van Aangeslotene aanwezig. Gelet op de door henzelf als zodanig benoemde wens de boedelverdeling vlot te bewerkstelligen, bestond bovendien ook aan de kant van de erfgenamen een directe aanleiding na te gaan wat de waarde van de portefeuille was en zich te (laten) informeren omtrent de mogelijkheden tot liquidatie van de portefeuille. Dat Consumenten volledig af mochten gaan op hetgeen één van hen tijdens een gesprek over de looptijd had begrepen van de adviseur van Aangeslotene, acht de Commissie mede gelet op het belang dat daartoe zijdens de erven bestond, onjuist. Er rustte op Consumenten een zelfstandige onderzoeksplicht en die in ogenschouw nemend komt de Commissie tot het oordeel dat Consumenten ook zelf verantwoording dragen voor de geleden schade. Indien zij zich eerder en met gerichte vragen tot Aangeslotene hadden gewend, had het koersverlies immers beperkt kunnen blijven. Deze omstandigheid is aanleiding de op Aangeslotene rustende schadevergoedingplicht te verminderen in die zin dat van de hiervoor onder 4.9. en 4.10. vastgestelde schade, de helft voor rekening van de erven dient te blijven.

4.12. Het meer of anders gevorderde moet worden afgewezen. Alle overige door partijen ingenomen stellingen kunnen niet tot een andere beoordeling van de zaak leiden, zodat zij geen bespreking behoeven.

4.13. Nu Consumenten deels in het gelijk worden gesteld dient Aangeslotene tevens de door Consumenten in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50 te vergoeden.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies dat Aangeslotene de vordering van Consument toe tot de helft van het bedrag dat de resultante is van de in overwegingen 4.9. en 4.10. opgenomen berekening.
Voorts dient Aangeslotene als gedeeltelijk in het ongelijk gestelde partij de erven een bedrag van € 50 te vergoeden als tegemoetkoming in de kosten voor het aanbrengen van de klacht.

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.