KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 226
d.d. 23 september 2011
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, en H. Mik RA en R.H.G. Mijné, leden)

Samenvatting

De Commissie oordeelt dat Aangeslotene, als professionele partij,enige onduidelijkheid in of over het cliëntprofiel had dienen weg te nemen. De enkele omstandigheid dat Aangeslotene heeft verzuimd een (goed) cliëntprofiel op te stellen, geeft Consument nog geen recht op schadevergoeding. Aangeslotene is echter in de advisering over een perpetuele lening toerekenbaar tekort geschoten en uit dien hoofde schadeplichtig tegenover Consument en wijst de vordering gedeeltelijk 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 brief van Consument van 23 november 2009;
- het door Consument ingevulde vragenformulier ontvangen op 24 november 2009;
- de door Consument ingevulde verklaring ontvangen op 26 november 2009;
- het verweer van Aangeslotene van 28 april 2010;
- de repliek van Consument van 30 april 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 16 juni 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 is in maart 2003 een adviesrelatie tot stand gekomen welke Aangeslotene in een brief van van19 maart 2003 als zodanig heeft benoemd. Onder het kopje "Risicoprofiel" is daarin het volgende vastgelegd:

"(…) Uw risicoprofiel is af te leiden uit enerzijds uw concrete doelstellingen en anderzijds uw emotionele houding ten opzichte van beleggen. In ons gesprek zijn de volgende belangrijke kenmerken ten aanzien van uw risicohouding naar voren gekomen:
- U heeft binnen 5 jaar geen aanvullend inkomen nodig;
- Het doel waarmee u belegt is in beperkte mate verwerven van inkomen en grotendeels vermogensgroei;
- De termijn waarop u uw vermogen voor andere doeleinden wilt gebruiken is één tot drie jaar;
- U heeft langer dan zeven jaar ervaring met aandelen gerelateerde beleggingen;
- In het verleden heeft u uw geld voornamelijk belegd in individuele aandelen obligaties en derivaten;
- Een waardedaling van 10% van uw vermogen op een dag is voor u absoluut niet acceptabel."

2.2 In 2005 heeft Consument een additionele som van € 130.000 bij Aangeslotene, alwaar hij op dat moment reeds een bedrag van € 60.000 had belegd, ondergebracht. Op 9 september 2005 hebben partijen een gesprek gehad dat heeft geleid tot een brief van Aangeslotene van 12 september 2005 inhoudende een bevestiging van het risicoprofiel, zijnde defensief, en een als bijlage opgenomen beleggingsvoorstel van diezelfde datum. Daarin is onder meer en voor zover hier van belang opgenomen:

"Wij hanteren de volgende uitgangspunten:
- de beleggingshorizon bedraagt meer dan 10 jaar;
- het belegbaar vermogen bedraagt ongeveer € 190.000,00 (belegd ca €60.000,00; belegbaar ca € 130.000,00;
- u wenst inkomsten te genereren uit de beleggingen;
- u verwacht vooralsnog geen bijzondere inkomsten en/of uitgaven tussen nu en 5 jaar;
- u wenst een bedrag ad ca. € 25.000,00 liquide te houden op uw spaarrekening;
- u heeft reeds langere tijd beleggingservaring (meer dan 7 jaar).

Op basis van bovenstaande gegevens zullen wij in het voorstel uitgaan van een "defensief" beleggingsprofiel. Een bevestiging treft u als bijlage aan.
Dit resulteert in de volgende vermogensverdeling:

Zakelijke waarden (risicodragend)	ca. € 60.000,00 (=ca. 30%)
Vastrentende waarden (risicomijdend)	ca. € 130.000,00 (= ca 70%)
Totaal	ca. € 190.000,00"

Als nadere precisering van deze vermogensverdeling zijn in het beleggingsvoorstel een aantal beleggingsfondsen onder de zakelijke waarden en een vijftal producten onder de vastrentende waarden opgenomen. Deze laatste betreffen:

3,25% Nederland 2005-2015	€ 20.000
7% Depfa 2005-2011/2049	€ 30.000
(Aangeslotene) Global Bond Fund	€ 30.000
Delta Lloyd Rente Fonds	€ 25.000
Liquiditeiten	€ 25.000

Als toelichting bij de 7% Depfa obligatie (hierna: Depfa Perpetual) is onderaan de tweede pagina van het voorstel in een noot vermeld:

"Deze lening keert de eerste 3 jaar 7% rente uit. Vanaf jaar 4 wordt de coupon jaarlijks opnieuw bepaald op basis van het rendement van een10-jaars staatslening met een opslag van 10 bp. De koers zal zodoende rond de 100% blijven noteren. Koers ca. 102,10%. Rating: A2."

Bij de afsluiting van de brief heeft Aangeslotene opgemerkt dat "ons voorstel een "praatstuk" is, waarop wij tijdens een persoonlijk onderhoud graag een nadere toelichting geven."

2.3 Op 18 oktober 2005 heeft Consument, naast enkele andere producten, de door Aangeslotene geadviseerde Depfa Perpetual met een nominale waarde van € 25.000 aangeschaft, tegen een koers van 101,73 waardoor Consument er in totaal € 25.662,06 voor heeft betaald.

2.4 Op 23 november 2007 heeft er telefonisch contact plaatsgevonden tussen partijen. Een door Aangeslotene op die datum opgemaakte gespreksnotitie vermeldt:

"Relatie belde op nav koersdalingen op effectenbeurzen. Hij vroeg zich af wat er in depot moet worden verkocht. Ik heb hem de Depfa-lening greadviseerd te verkopen omdat wij niet meer enthousiast zijn over deze lening. Hij mokte wel over het feit dat deze op 75% noteert. Uitgelegd dat hij wel 2x7%= 14% heeft ontvangen en dat de lening nu lager noteert vanwege subprime crisis en het feit dat CMS flat is. Moest hij nog over nadenken, hij vond het toch wel een majeure beslissing…"

2.5 Op 8 en 9 januari 2008 hebben er vervolgens gesprekken tussen partijen plaatsgehad die Aangeslotene in een brief van 10 januari 2008 heeft bevestigd. In deze brief staat dat zij "de werking en bepaling van de coupon van de Depfa obligatie bevestigt".

2.6 In een magazine voor beleggers heeft een medewerker van Aangeslotene in 2008 in een interview over obligaties onder meer het volgende meegedeeld:

"Verwacht dus bij obligaties geen grote klappers zoals bij aandelen. Met een rendement van rond de vijf of zes procent doe je het als belegger al heel goed. Natuurlijk, zogenoemde 'eeuwig achtergestelde leningen' beloven acht procent rente. Maar het risico van deze producten is net zo groot als bij aandelen. Niet aan beginnen is dan ook mijn advies."

2.7 De koers van de Depfa Perpetual heeft een dalend verloop gekend en per 2009 is de couponbetaling opgeschort. Consument is niet tot verkoop ervan overgegaan.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, bestaande uit de verliezen op de gedane belegging, door hem begroot op een bedrag van € 22.907, zijnde het verschil tussen de aanschafwaarde van de Depfa Perpetual en de koers ad 14% ervan per 23 november 2009.

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

Aangeslotene heeft haar zorgplicht in de adviesrelatie verzaakt. Zij heeft Consument niet op de hoogte gesteld van de risico's en modaliteiten van de Depfa Perpetual. Zo heeft Aangeslotene niet verduidelijkt wat het koersrisico was en dat de Depfa Perpetual daarnaast ook nog een renterisico kende. Bovendien heeft Aangeslotene schriftelijk bevestigd dat de koers van de Depfa Perpetual rond de 100% zou blijven noteren. Voorts is geen coupon uitgekeerd, over dat risico is nooit gesproken.

Het ging daarbij om pensioenkapitaal dat bedoeld was om een aanvulling op het inkomen van Consument te genereren, dus extra voorzichtigheid was geboden. De Depfa Perpetual paste niet in het defensieve profiel van Consument. Aangeslotene heeft zelf toegegeven dat dergelijke producten te risicovol zijn voor een defensieve portefeuille in een interview met een vakblad.

Aangeslotene stelt dat in de tijd geplaatst en naar toenmalige inzichten deze obligaties pasten in een defensieve portefeuille en dat pas na de financiële crisis deze obligaties in een ander daglicht werden gesteld en de ontwikkelingen niet te voorzien waren. Daarmee geeft zij toe dat de obligaties al bij aanschaf een te hoog risico hadden. Dat betekent te meer dat zij niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. Aangeslotene heeft tenslotte geen dwingend verkoop-advies gegeven, aldus nog steeds Consument.

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. Uitgangspunt van een adviesrelatie is dat Consument zelf het beleggingsbeleid bepaalt en verantwoordelijk is voor aan- en verkoopbeslissingen en voor de samenstelling van de effectenportefeuille. Met betrekking tot een adviesrelatie als de onderhavige kan de Commissie slechts onderzoeken of bepaalde adviezen door een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur gegeven hadden mogen worden. Daarbij kan met name worden gelet op hetgeen Aangeslotene bekend was, of behoorde te zijn, omtrent de doeleinden van de consument en diens financiële omstandigheden. Het is essentieel dat de advisering aansluit bij het cliënt-profiel en bij de beleggingsrisico's die een belegger wil en kan lopen. Tevens moet Aangeslotene vaststellen dat de consument voldoende kennis heeft om haar adviezen te begrijpen en de daaraan verbonden risico's te overzien. Een belegger mag van zijn adviseur voorts verwachten dat deze hem voldoende volledig en inhoudelijk correct voorlicht en adviseert over de eigenschappen en risico's van de financiële instrumenten waarop de advisering betrekking heeft, opdat hij in staat wordt gesteld zijn beslissing weloverwogen te nemen.

4.2 Partijen verschillen van mening over de doelstelling van de portefeuille, waarbij Consument stelt dat deze een aanvulling op zijn pensioeninkomen vormt, waartegen Aangeslotene heeft ingebracht dat er sprake was van een doelstelling tot verwerven van inkomen. Niet in geschil is het aan de portefeuille toegekende defensieve profiel.

4.3 Een aparte cliëntovereenkomst ontbreekt. Hetgeen wel schriftelijk is vastgelegd is naar het oordeel van de Commissie erg - zo niet te - summier. Van een uitgebreide intake was klaarblijkelijk in elk geval geen sprake. Terwijl de leeftijd van Consument daar aanleiding toe gaf, is door Aangeslotene kennelijk nagelaten de eventuele pensioenbehoefte van Consument te inventariseren, althans, informatie hieromtrent ontbreekt. De brieven van 19 maart 2003 en 12 september 2005 geven evenmin voldoende blijk van bekendheid met de doelstellingen van Consument. De Commissie oordeelt dat het op de weg van Aangeslotene, als professionele partij, had gelegen enige onduidelijkheid in of over het cliëntprofiel weg te nemen. De ontstane onduidelijkheid is aan Aangeslotene toe te rekenen waarmee zij tekort is geschoten in hetgeen van haar redelijkerwijs verwacht mocht worden.

4.4 De enkele omstandigheid dat Aangeslotene heeft verzuimd een (goed) cliëntprofiel op te stellen, geeft Consument naar vaste rechtspraak van de Commissie – zie ook KCHB 2003-52 – nog geen recht op schadevergoeding. Hij moet aantonen dat er causaal verband bestaat tussen het niet-opmaken van het profiel en de schade, met andere woorden, dat de schade voorkomen zou zijn als er een afdoend profiel was opgemaakt. Hierin is Consument naar het oordeel van de Commissie niet geslaagd.

4.5 De Commissie stelt vast dat het tussen partijen gerezen geschil beperkt is tot de Depfa Perpetual. Het is de Commissie bekend dat producten als de Depfa Perpetual naar hun aard in bijzondere omstandigheden extra risico's meebrengen. In tijden van onzekerheid over de solvabiliteit van de onderneming draagt een dergelijke lening naar het oordeel van de Commissie mede het karakter van aandelen in zich waarbij in geval van liquidatie van de vennootschap betaling van de rente en terugbetaling van de hoofdsom bovendien achtergesteld zijn bij de andere schulden van de vennootschap. Niettemin acht de Commissie dit product in beginsel nog voldoende passend in een portefeuille met een defensief risicoprofiel, mits de omvang ervan binnen de portefeuille niet te groot is en de voorlichting op adequate wijze geschiedt. Onderdeel van die voorlichting zou in ieder geval moeten zijn geweest dat Consument werd gewezen op de aan de Depfa Perpetual inherente koers- en renterisico's alsmede de mogelijkheid dat bij deze stukken de rente-uitkering in het geheel zou kunnen komen te vervallen.

4.6 De Commissie begrijpt dat Consument op grond van de hem door Aangeslotene ter beschikking gestelde informatie een obligatie verwachtte die rond de 100% zou blijven noteren en die voorts jaarlijks tot uitkering van de coupon zou komen. Aangeslotene heeft niet voldoende aannemelijk kunnen maken dat die door haar gewekte verwachting, die bovendien in de toelichting in het voorstel van 12 september 2005 door haar is vastgelegd, door haar in een opvolgend stadium van de advisering is ontkracht. Haar verweer dat de rente van de Depfa Perpetual gekoppeld is aan de marktrente en dit enkele gegeven mee zou brengen dat de invloed van de renteontwikkeling op de koers beperkt is, doet hieraan niet af. Aangeslotene is aldus in de advisering toerekenbaar tekort geschoten en uit dien hoofde schadeplichtig tegenover Consument.

4.7 De Commissie overweegt dat tussen partijen vast staat dat er op 23 november 2007 een gesprek is geweest waarin Aangeslotene Consument heeft geadviseerd de Depfa Perpetual te verkopen. Het niet opvolgen van dat advies was de keuze van Consument. Dat Consument, zoals hij heeft gesteld, dit niet heeft opgevat als een dwingend verkoopadvies, maakt dit niet anders. Enig (koers)verlies ontstaan na die datum dient dan ook voor risico en rekening van Consument te blijven.

4.8 De Commissie bepaalt de voor vergoeding in aanmerking komende schade derhalve als volgt. De aankoopwaarde van de Depfa Perpetual bedroeg € 25.662,06. De koers ervan was op 23 november 2007 75% (AEX) en daarmee de waarde op dat moment € 18.750, aldus resulterend in een negatief koersresultaat van € 6.912,06. De Commissie volgt de door Aangeslotene toegepaste redenering betreffende de aftrek van coupons en opgelopen interest tot 23 november 2007 waardoor het verlies op € 3.239,06 komt. Echter, Consument komt toe het gederfde rendement op de investering gedurende de periode van 6 augustus 2005 tot 23 november 2007, hetgeen door de Commissie naar billijkheid vastgesteld wordt op 3,25% en aldus uitkomt op circa € 1.865.-- waarmee de totale te vergoeden schade uitkomt op € 5.104,--.

4.9 Aangezien enige overige stellingen en weren van partijen niet tot een ander oordeel van de Commissie kunnen leiden, behoeven zij geen bespreking meer.

4.10 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument moet worden toegewezen tot een bedrag van € 5.104,--

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat Aangeslotene aan Consument dient te vergoeden een bedrag van € 5.104,--, vermeerderd met € 50,-- ter zake van de door Consument betaalde eigen bijdrage voor behandeling van onderhavig geschil. Betaling dient te geschieden binnen een termijn van vier weken na de verzenddatum van dit bindend advies.

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.