Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 215
d.d. 9 september 2011
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, en H. Mik RA en R.H.G. Mijné, leden)

Samenvatting

Belegging in Rente Plus Notes bij matig defensief risicoprofiel. Klaagster stelt dat dit product gelet op het risicoprofiel niet had mogen worden geadviseerd. De Commissie verklaart klaagster niet-ontvankelijk; het is niet gebleken dat de vordering tot schadevergoeding ten aanzien van de Rente Plus Notes aan haar is overgedragen. Dat het advies van de bank ondeugdelijk was, is overigens niet gebleken.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen op 4 mei 2010;
- het antwoord van Aangeslotene van 9 september 2010;
- de repliek van Klaagster van 27 september 2010; en
- de dupliek van Aangeslotene van 27 oktober 2010.

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 16 februari 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Mevrouw X is geruime tijd, in elk geval vanaf 1997, cliënt van Aangeslotene geweest. Zij woonde in Y. Zij had haar beleggingen deels bij financiële instellingen in Y ondergebracht en deels in een effectenportefeuille bij Aangeslotene.
2.2 Aangeslotene heeft notities overgelegd van de met klaagster gevoerde gesprekken. Deze vermelden onder meer het volgende:

> "07-08-1997
> (…)
> Client op kantoor gesproken ter kennismaking. (…) Huis in Y is onbelast en heeft daar voor een niet onaanzienlijk bedrag aan effecten (± fl. 250.000,00). Haar vermogen hier is zuiver reserve en voor haar erfgenamen. Er is een testament waarin zij een splitsing heeft aangebracht in de verdeling tussen het vermogen hier en in Y. Het geld hier gaat naar liefdadigheids instellingen en naar enkele kennissen. (…)
> -Aankoop fl. 50.000,00 bankbrieven 6,5% (…)
> - Aankoop USD 30.000 bankbrieven 6,0% (…)"
> "15/04/1998
> (…)
> Zij informeerde wat wij van de Zd Amerikaanse economie vinden en onze inschatting in Hongkong. (…) Hierop wordt zij toch wat vrijer mbt de effectenportefeuille in Y. In tegenstelling

tot het vorige verslag gaat het niet om f 250.000,- maar om f 2.500,000,-. Zij is van plan dat zo te houden en is bestemd voor goede doelen na haar overlijden."
"09-08-1999
(…) Haar vermogen bij ons is f 400.000,- (…). In zijn totaliteit (zij heeft in Y een aandelenportefeuille) zou zij hier ook een f 100.000,- kunnen beleggen. (vermogen in Y volgens haar zeggen 3 miljoen (…) plus huis en veel grond). Dit spreekt haar aan. Zij vindt alles op rente wel safe, maar saai. Besloten wordt dan ook de Z stukken ad ca f 91.000,- te verkopen en totaal voor f 105.000,- in beleggingsfondsen.
Diversen besproken. Uiteindelijk 3x f 35.000,- in A fund, B fund en C fund.
Zij is erg content met het aanpassen van de portefeuille, maar zich bewust van de risico's. (…)
Volgend jaar zal beslissing vallen hoe verder met aandelen om te gaan. Een goed fonds in Nederland als Ahold, D vindt zij ook aantrekkelijk."
"23-02-2000
(…)
Mw E heeft een enthousiast briefje geschreven met betrekking tot haar (…) gematigd off "portefeuille". Ik heb haar dezelfde dag nog gebeld om in te gaan op haar vraag naar wat gunstiger beleggen te bekijken.
Ik heb haar voorgesteld het saldo van de riantspr en een f 10.000,- voor totaal Euro 12.000,- in het J fonds te storten. Tevens geattendeerd op het saldo in USD 33.000,-. Hiervoor aangeraden en met haar accoord de aankoop van F Bankbrieven USD 32.000,- (…).
Zij is zeer content met de in aug 1999 aangekochte 3 fondsen die van f 105.000,- naar f 148.000,- in waarde zijn gestegen. (…)"
"16.01.2001
(…)
I.v.m. het vrijvallen van de 5,5% F Bankbrieven USD (…) telefonisch contact opgenomen met cliënt in X. (…) Mevrouw E wil het bedrag opnieuw beleggen in F Bankbrieven. (…)"
"05.06.2001
(…)
Cliënt heeft een effectendepot van NLG 505.000,= (…). (…)
Cliënt wil iets doen met het grote bedrag op rek.courant. Portefeuille doorgenomen. Groot gedeelte bestaat uit bankbrieven (USD). Rest uit beleggingsfondsen; spreiding totale portefeuille is redelijk goed (model 3).
(…) Voor NLG 21.000,= America Fund aangekocht. (reden: spreiding v.d. beleggingsfondsen optimaliseren)."
"04.09.2001
(…)
Cliënt heeft een effectendepot van EUR 220.000,= (…).
Geadviseerd om voor een klein bedrag (zonder aankoopkosten) in beleggingsfondsen bij te kopen. Dit vond zij een goed idee.
(…) Voor EUR 3.200,= ICT Fund bijgekocht. (spreiding v.d. beleggingsfondsen optimaliseren)."

2.3 De heer G, beleggingsadviseur bij Aangeslotene, heeft mevrouw E op 27 mei 2005 telefonisch geadviseerd te beleggen in Notes. Vervolgens heeft zij op diezelfde dag voor een bedrag van € 50.000 Notes gekocht.

2.4 Ten tijde van deze aankoop bestond tussen Aangeslotene en mevrouw E een overeenkomst van effectendienstverlening op basis van advies (hierna: de overeenkomst). Mevrouw E was 92 jaar oud; haar risicoprofiel was matig defensief en de portefeuille werd belegd volgens het zogeheten 'portefeuillemodel III' van Aangeslotene.

2.5 Op 7 januari 2007 is mevrouw E overleden. In haar testament was een legaat opgenomen ten gunste van Klaagster en Stichting Het Wereld Natuurfonds-Nederland (hierna:

WNF), elk voor gelijke delen. De gelegateerde goederen, waaronder de notes, zijn op 14 oktober 2008 overgedragen aan Klaagster en WNF.

2.5 Op 20 oktober 2008 zijn de notes verkocht voor een bedrag van € 19.583,51.

3. Geschil

3.1. Klaagster vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding. Zij begroot de schade op € 28.917 en acht zich gerechtigd tot de helft van dit bedrag.

3.2. Aan haar vordering legt Klaagster ten grondslag dat Aangeslotene jegens mevrouw E toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de overeenkomst. Aangeslotene heeft mevrouw E ontoereikend voorgelicht over de kenmerken en risico's van dit product. Ook had Aangeslotene, gezien de doelstelling en leeftijd van mevrouw E en het overeengekomen matig defensieve risicoprofiel, niet mogen adviseren een zo groot gedeelte van de obligatieportefeuille in notes te beleggen; dit product is zo risicovol dat het niet als een reguliere obligatie kan gelden. De vordering tot schadevergoeding op de hiervoor genoemde gronden is overgedragen aan Klaagster als legataris van mevrouw E.

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

4. Beoordeling

4.1.1 Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.

4.2 Ter zitting heeft Aangeslotene aangevoerd dat Klaagster niet-ontvankelijk is omdat de vordering tot schadevergoeding van mevrouw E ten aanzien van de notes, al aangenomen dat deze zou bestaan, niet aan Klaagster is overgedragen. Aangeslotene heeft daartoe de akte afgifte legaat van 14 oktober 2008 overgelegd en erop gewezen dat een vordering tot schadevergoeding in de akte niet is opgenomen bij de overgedragen goederen.

4.3 De Commissie constateert dat de bedoelde akte niet voorziet in overdracht van een vordering tot schadevergoeding ten aanzien van de notes. Onder het kopje 'afgifte legaat', bij de overgedragen goederen, staan alleen effecten, waaronder de notes, en vorderingen op Aangeslotene wegens saldo op een drietal bankrekeningen; een vordering tot schadevergoeding wordt niet vermeld. Klaagster heeft ter zitting de echtheid van de door Aangeslotene overgelegde akte niet betwist en evenmin gesteld dat er andere akten zijn waarin de vordering tot schadevergoeding aan haar is overgedragen, zodat het niet is gebleken dat zij op enig moment gerechtigde is geworden tot die vordering.

4.4 Dit brengt mee dat Klaagster niet voldoet aan de definitie van "Consument" in artikel 1 van het Reglement. Het is immers niet gebleken dat zij rechthebbende is geworden tot de bedoelde vordering tot schadevergoeding, terwijl zij evenmin heeft gesteld dat zij zelf de afnemer van een financiële dienst of betaaldienst van Aangeslotene is. Klaagster zal daarom niet-ontvankelijk worden verklaard. In het midden kan blijven of Klaagster wel onder het begrip "Consument" begrepen had kunnen worden indien de vordering wel aan haar zou zijn overgedragen.

4.5 Niettemin zal de Commissie, omdat dit ontvankelijkheidsverweer pas is opgeworpen na een uitgebreid processueel debat, bij wijze van overweging ten overvloede ingaan op de stellingen van Klaagster.

4.6 Ten aanzien van de voorlichting overweegt de Commissie als volgt. Naar de kern genomen stelt Klaagster dat de brochures van Aangeslotene geen goed beeld geven van de risico's van de notes en bovendien afwijken van het prospectus, waar deze risico's wel worden benoemd. Klaagster leidt daaruit af dat mevrouw E, als zij al voor aankoop van de notes een brochure heeft ontvangen, daaruit onvoldoende heeft kunnen afleiden wat de risico's van het product zijn. De Commissie constateert evenwel dat Klaagster ook stelt dat het adviesgesprek plaatsvond op dezelfde dag als de aankoop van de notes, wat erop wijst dat mevrouw E voorafgaand aan de aankoop geen schriftelijke informatie heeft ontvangen, terwijl Aangeslotene stelt dat zij niet meer kan achterhalen of aan mevrouw E een brochure is verstrekt. Gelet daarop is niet komen vast te staan dat mevrouw E voor de aankoop van de notes een brochure heeft ontvangen en dus evenmin dat zij bij haar beslissing tot aankoop op de inhoud van een dergelijke brochure is afgegaan. Klaagster heeft evenmin specifieke feiten gesteld waaruit volgt dat, en in welk opzicht dan, de mondeling aan mevrouw E verstrekte voorlichting ontoereikend is geweest. Gelet daarop is naar het oordeel van de Commissie niet voldoende gesteld om de stelling te onderbouwen dat mevrouw E ontoereikend is voorgelicht. Van onjuiste voorlichting is evenmin anderszins gebleken.

4.7 Vervolgens is aan de orde of Aangeslotene, gezien de doelstelling en leeftijd van mevrouw E en haar risicoprofiel, de belegging in notes heeft mogen adviseren.

4.8 Ten aanzien van de doelstelling stelt Klaagster dat mevrouw E risicomijdend wilde beleggen. De Commissie constateert dat Klaagster geen specifieke feiten stelt die wijzen op een risicomijdende houding van mevrouw E, terwijl uit de overgelegde gespreksnotities – waarvan Klaagster de juistheid niet heeft betwist – veeleer valt af te leiden dat zij niet risico-avers was; dat blijkt onder meer uit de opmerking dat het bij de effectenportefeuille in X gaat om een bedrag van f 2.500,000,- en de opmerking dat zij "hier ook een f 100.000,- zou kunnen beleggen (…)", waarbij wordt toegevoegd "Dit spreekt haar aan. Zij vindt alles op rente wel safe, maar saai." Uit de gespreksverslagen blijkt bovendien dat mevrouw E regelmatig met haar beleggingsadviseur de te verrichten transacties heeft doorgesproken, waaronder de aankoop van participaties in diverse fondsen, en dat zij enige kennis van beleggen had. Gelet daarop is naar het oordeel van de Commissie niet gebleken dat mevrouw E risicomijdend wilde beleggen en dat om die reden de belegging in de notes niet had mogen worden geadviseerd.

4.9 Ten aanzien van de leeftijd van mevrouw E stelt Klaagster dat de portefeuille na haar overlijden waarschijnlijk zou worden geliquideerd en dat Aangeslotene om die reden niet had mogen adviseren te beleggen in de notes, die een looptijd van tien jaar hebben en waarvan de tussentijdse liquiditeit met risico's omgeven is. Naar het oordeel van de Commissie zijn deze stellingen bij gebrek aan voldoende onderbouwing niet komen vast te staan; Klaagster stelt geen specifieke feiten die hierop wijzen, terwijl uit de overgelegde gespreksnotities weliswaar blijkt dat de effectenportefeuille bestemd was voor haar nalatenschap, niet echter dat zij op enig moment te kennen heeft gegeven dat de effecten op een bepaalde datum dienden te worden verkocht. Dat het advies van Aangeslotene in dit opzicht ondeugdelijk is geweest, is dan ook niet gebleken.

4.10 Ten slotte, ten aanzien van het risicoprofiel, stelt Klaagster dat 15% van de portefeuille is

benut voor de aankoop van notes, terwijl dit product het risico van een aandeel heeft en dus niet had mogen worden ondergebracht in de obligatieportefeuille, waarbij zij verwijst naar de uitspraak van de Commissie van 6 juli 2010 (nr. 132). Ter zitting heeft de gemachtigde van Klaagster er bovendien op gewezen dat de notes bij aankoop ongeveer 30% van de obligatieportefeuille uitmaakten, wat aanzienlijk meer is dan het percentage dat conform het portefeuillemodel III in risicovolle obligaties mag worden ondergebracht.

4.11 De Commissie overweegt als volgt. Klaagster heeft niet weersproken dat het door Aangeslotene gehanteerde portefeuillemodel III geschikt is voor het matig defensieve risicoprofiel van mevrouw E, zodat dit is komen vast te staan. De aanbevolen categorieverdeling van dit portefeuillemodel wordt weergegeven in het portefeuilleoverzicht van 30 juni 2005 (productie 5 bij het verweerschrift): 34% aandelen, 48% obligaties, 9% onroerend goed en 9% liquiditeiten. Uit dit portefeuilleoverzicht blijkt ook dat de portefeuille destijds voor 38% uit aandelen bestond, voor 46% uit obligaties, voor 6% uit onroerend goed en voor 10% uit liquiditeiten; in de aandelenportefeuille was € 53.310 belegd in het H Fonds van Aangeslotene en € 69.615,52 in het I Fonds, terwijl in de obligatieportefeuille een bedrag van € 50.870 was belegd in de notes en € 98.280,74 in het I Fonds.

4.12 Gelet op deze omstandigheden constateert de Commissie dat Klaagster onvoldoende heeft onderbouwd dat de portefeuille, ten gevolge van de aankoop van de notes, wezenlijk riskanter is ingericht dan het portefeuillemodel III destijds toestond. Voor de vraag of de portefeuille conform dit model is ingericht, dient immers niet alleen het obligatiegedeelte te worden bekeken, maar ook de portefeuille als geheel. Ook als het juist zou zijn dat de obligatieportefeuille met een belegging van € 50.000 in de notes te risicovol is ingevuld, dient in ogenschouw te worden genomen dat in de aandelenportefeuille een ongeveer even groot bedrag – € 53.310 op 30 juni 2005 – is belegd in het H Fonds, wat de aandelenportefeuille aanzienlijk minder risicovol maakte dan een reguliere aandelenportefeuille. Dat de vermelde invulling van de portefeuille niet de instemming van mevrouw E had, is niet aannemelijk geworden, waarbij van belang is dat, zoals hiervoor is overwogen, uit de overgelegde gespreksverslagen blijkt dat mevrouw E enige kennis van beleggen had en niet risico-avers was. Dat Aangeslotene gelet op het risicoprofiel de belegging in notes niet had mogen adviseren, is dan ook niet komen vast te staan.

4.13 De slotsom luidt dat er niet van kan worden uitgegaan dat de belegging in de notes in strijd was met de wensen van mevrouw E of met haar risicoprofiel. De omstandigheid dat mevrouw E overleden is, en daardoor niet kan verklaren op grond van welke informatie en afwegingen zij voor de belegging in de notes heeft gekozen, zodat de precieze gang van zaken ongewis zal blijven, kan niet voor rekening van Aangeslotene worden gebracht.

4.14 Gezien het voorgaande acht de Commissie de vordering tot schadevergoeding niet toewijsbaar. Gelet op overweging 4.4 hiervoor zal Klaagster echter niet-ontvankelijk worden verklaard.

5. Beslissing

De Commissie verklaart, als bindend advies, Klaagster niet-ontvankelijk in haar vordering.

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.