KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Tussenuitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 224 d.d. 12 maart 2012
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, H. Mik RA en G.J.P. Okkema, leden en mr. T.R.G. Leyh , secretaris).

Samenvatting

Het enkele feit dat Aangeslotene geen vergunning had, maakt nog niet dat een door haar gegeven beleggingsadvies een slecht advies is geweest. Vast staat dat Aangeslotene met betrekking tot de informatievoorziening ernstig tekort is geschoten. Naar het oordeel van de Commissie is voldoende aannemelijk dat Consument, als hij adequaat zou zijn voorgelicht, niet in de bewuste producten zou hebben belegd.

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 inhoudende zijn verzoek tot geschilbeslechting met als bijlagen, het door Consument ingevulde vragenformulier en de door hem ingevulde verklaring, ontvangen 17 december 2009;
- het verweer van Aangeslotene van 30 juli 2010;
- de repliek van Consument van 30 augustus 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 10 september 2010;
- de op verzoek van de Commissie door partijen na de zitting overgelegde stukken.

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 niet als bindend zullen aanvaarden.
De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 19 januari 2011. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Consument heeft Aangeslotene in 2002 opdracht gegeven voor hem zijn verzekeringen en belastingaangifte te regelen. Consument heeft tegelijkertijd met een dochtermaatschappij van Aangeslotene een overeenkomst tot effectendienstverlening gesloten waarmee een relatie van vermogensbeheer is aangegaan. In 2004 heeft Aangeslotene de activiteiten van deze dochter beëindigd. Aan cliënten die van de diensten van de dochter gebruik maakten, heeft Aangeslotene schriftelijk meegedeeld dat zij bij een voorkeur voor vermogensbeheer naar een andere daartoe geëquipeerde dienstverlener over dienden te stappen. Consument heeft dienovereenkomstig een rekening bij bank X geopend, welke voor hem zijn vermogen heeft beheerd. In 2006 heeft Consument deze

beheersovereenkomst opgezegd maar heeft hij de beleggingsrekening bij bank X aangehouden.

2.2 Medio 2006 heeft Aangeslotene een – overigens ongedateerde – nieuwsbrief doen uitgaan, naar onder anderen Consument, waarin de door haar verrichte diensten staan vermeld en waarin wordt verwezen naar een dienstenwijzer die deze diensten nader preciseert.

2.3 Aangeslotene heeft Consument als bijlage bij een e-mailbericht in augustus 2006 een spreadsheet toegezonden getiteld "Voorstel voor de heer (Consument)". In dat voorstel is onder de zin "Invulling van de portefeuille via obligaties en vastgoedbeleggingen" het navolgende overzicht opgenomen:

	aantal	bedrag p.st.	totaal	kosten	totaalbedrag
7,5% Capital Raise 15/07/2013	30	1.075,00	€ 32.250,00	0,50%	€ 32.411,25
6,625% Hybrid Raising 15/07/2014	30	1.022,00	€ 30.660,00	0,50%	€ 30.813,30
Hanzevast 1 Vastgoed C.V.	2	15.000,00	€ 30.000,00	3,00%	€ 30.900,00
Synvest Real Estate vastgoed fonds	5	5.000,00	€ 25.000,00	0,00%	€ 25.000,00
		Totaalbedrag:	€ 117.910,00		€ 119,124,55

De in het overzicht genoemde "7,5% Capital Raise" betreft een door Capital Raising GmbH, een investeringsvehikel van IKB Deutsche Industriebank, in 2002 uitgegeven achtergestelde perpetuele obligatie.
De in het overzicht opgenomen "6,625% Hybrid Raising" betreft een door Hybrid Raising GmbH, een investeringsvehikel van IKB Deutsche Industriebank, in 2004 uitgegeven achtergestelde perpetuele obligatie.
Het prospectus van de in het overzicht genoemde "Hanzevast 1 Vastgoed C.V." (welke de naam Vastgoedfonds Hanzevast Holland 62 C.V. draagt) vermeldt een rendementsprognose op jaarbasis van 7,0% in 2006 tot 9,5% in 2017 waarbij is aangetekend dat de beleggingswaarde kan fluctueren. Deelname aan de Commanditaire Vennootschap is mogelijk met participaties van € 15.000,00, exclusief 3% emissievergoeding. Voorts is het fonds voor onbepaalde tijd opgericht en is aangaande beleggingsduur in het prospectus opgenomen: "Een lange termijnvisie is bij deze investering aan te raden. (…) Naarmate het Fonds langer bestaat, neemt het geprognosticeerde rendement navenant toe. In de regel is voor een goed rendement een looptijd van ten minste zeven jaar vereist." De verhandelbaarheid van de participaties is beperkt.
Het prospectus van het in het overzicht genoemde "Synvest Real Estate vastgoed fonds" tenslotte, (welke statutair de naam SynVest RealEstate Fund N.V. draagt) is voor onbepaalde tijd opgericht. Uittreding is mogelijk na drie jaar.

2.4 Consument heeft te kantore van Aangeslotene door middel van internetbeleggen van bank X de voornoemde obligaties aangeschaft en zich door middel van daartoe bestemde formulieren tevens ingeschreven voor de vastgoedfondsen. Het door Consument ingebrachte vermogen is aldus in vier producten belegd waarbij iets meer dan de helft ervan in achtergestelde perpetuele obligaties is belegd van rechtspersonen die aan één bancaire instelling waren gelieerd en het overige deel in twee vastgoedfondsen is geïnvesteerd. De koersen van deze producten zijn in de erop volgende periode sterk gedaald waarbij de couponuitkeringen van de obligatieleningen zijn komen te vervallen. Partijen hebben hierover

per e-mail contact gehad. Op 19 mei 2008 heeft Consument een klacht geuit inzake zijn beleggingen.

3. Geschil

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, door hem begroot op € 58.497 welke bestaat uit de verschillen in waarde tussen de huidige en de nominale waarde van de vier producten, alsmede de gederfde rente over dit bedrag.
3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Aangeslotene heeft zonder over de benodigde vergunning te beschikken Consument beleggingsadvies gegeven, hetgeen kwalificeert als een onrechtmatige daad.
Het gegeven advies is voorts een advies dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur niet had mogen uitbrengen. Aangeslotene wist namelijk dat het geld een pensioenbestemming had en zij had derhalve extra zorgvuldigheid dienen te betrachten. Evenmin is er een risicoprofiel opgesteld als uitgangspunt voor het advies maar was het Aangeslotene bekend dat de beleggingshorizon van Consument slechts vier jaar bedroeg. Daarnaast is er binnen de asset categorieën nauwelijks sprake van spreiding in de portefeuille en zijn de geadviseerde obligaties hybride instrumenten. Deze dragen het karakter van aandelen en door het wegvallen van de coupon bedraagt de waarde nog geen 4% van de nominale waarde. Er is sprake van misleiding door belangrijke productinformatie niet aan Consument mee te delen.
3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.
3.4 De Commissie heeft vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden. Consument heeft daartoe een schriftelijke verklaring overgelegd en, in tegenstelling tot hetgeen Aangeslotene bij zijn registratie heeft vermeld, heeft ook deze ter zitting verklaard hiermee in te stemmen.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.
4.1 De Commissie stelt vast dat er in onderhavig geval sprake is geweest van beleggingsadvisering door Aangeslotene. Aangeslotene heeft Consument immers als professionele partij een persoonlijk tot hem gericht voorstel tot het investeren in bepaalde beleggingsproducten gedaan. Haar verweer, dat Consument een nieuwsbrief heeft ontvangen waarin Aangeslotene heeft aangekondigd dat haar dienstverlening enkel zag op advisering en bemiddeling in hypotheken en assurantiën alsmede op financiële planning en dat Consument kennis heeft kunnen nemen van haar dienstenwijzer en aldus op de hoogte was van het feit dat zij geen beleggingsadvies verschafte, maakt dit niet anders. Ook het argument van Aangeslotene dat het ontbreken van een vergunning tot het geven van beleggingsadvies als consequentie had dat zij geen advies kon geven, kan niet tot een ander oordeel van de Commissie leiden. Evenmin kunnen Aangeslotene baten haar stellingen dat er volgens haar geen advieskosten in rekening zijn gebracht, dat Consument via bank X de aanschaf van de

obligaties heeft gedaan en dat, indien er al sprake was van het geven van advies in de vorm van een beleggingsvoorstel, dit op een vergissing heeft berust.

4.2 Nu aldus het geven van advies is komen vast te staan, dient te gelden dat er sprake is geweest van een adviesrelatie tussen Consument en Aangeslotene. In dat kader heeft de Commissie te beoordelen of Aangeslotene gehandeld heeft zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. Het enkele feit dat Aangeslotene geen vergunning had, maakt nog niet dat een door haar gegeven beleggingsadvies een slecht advies is geweest. De maatstaf voor beoordeling of het gegeven advies adequaat was, moet namelijk zijn of Aangeslotene mocht aannemen dat de geadviseerde beleggingen in overeenstemming waren met de haar bekende beleggingsdoelstellingen en risicobereidheid van Consument. Te dienaangaande constateert de Commissie dat een beleggingsprofiel ontbreekt. Uit het door Consument gestelde – hetwelk door Aangeslotene onweersproken is gebleven – is voldoende aannemelijk dat Consument een pensioendoelstelling had alsmede dat hij een geringe risicobereidheid demonstreerde en hij destijds een beleggingshorizon van vier jaar had. Daarbij acht de Commissie van belang dat Consument voorafgaand aan het advies over voldoende vermogen beschikte om zijn pensioengat aan te vullen en dat Aangeslotene verondersteld mocht worden daarvan op de hoogte te zijn.

4.3 De vraag die de Commissie te beoordelen heeft, is derhalve of de geadviseerde producten aansloten bij de doelstellingen en risicobereidheid van Consument. Daartoe overweegt zij dat Aangeslotene met betrekking tot de informatievoorziening omtrent de kenmerken en de risico's van de geadviseerde producten ernstig tekort is geschoten. Vaststaat immers dat zij Consument geen of nauwelijks informatie heeft verstrekt. Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat Aangeslotene ook de door Consument gestelde schade dient te vergoeden. Een verplichting tot schadevergoeding uit dien hoofde kan pas ontstaan indien plausibel is dat Consument andere beleggingsbeslissingen zou hebben genomen als hij van de vereiste informatie was voorzien. Dit is naar het oordeel van de Commissie in dit geval voldoende aannemelijk, gelet op hetgeen ter zitting door partijen is toegelicht en op zowel de doelstelling als de relatief korte horizon van Consument. Omdat aannemelijk is dat Consument, als hij adequaat zou zijn voorgelicht, niet in de bewuste producten zou hebben belegd, kan buiten beschouwing blijven of het advies overigens – bijvoorbeeld wat spreiding betreft – aan de daaraan te stellen maatstaven voldoet.

4.4 De Commissie ziet aanleiding het gevorderde schadebedrag te corrigeren vanwege eigen schuld van Consument. De Commissie acht het een feit van algemene bekendheid dat aan een hoog rechtstreeks rendement ook hogere risico's zijn verbonden. En al is de voorlichting aan Consument volstrekt onvoldoende geweest, reeds uit het voorstel was voor hem kenbaar dat de coupons van de perpetuele leningen relatief hoog waren. Ditzelfde geldt voor de vastgoedbeleggingen die eveneens hoge rendementsprognoses kenden. De Commissie dient er daarom van uit te gaan dat Consument zich, alvorens tot de aanschaf over te gaan, bewust was van bepaalde aan deze investering klevende risico's. Het had naar het oordeel van de Commissie op zijn weg gelegen om voor tot de aanschaf over te gaan bij Aangeslotene navraag te doen omtrent de kennelijke risico's van de geadviseerde producten. Nu hij dit heeft nagelaten, is hij zelf gedeeltelijk verantwoordelijk voor de voor hem ontstane schade. De Commissie bepaalt de mate van eigen schuld van Consument op 25% van de schade.

4.5 De Commissie bepaalt de peildatum voor de schadevaststelling op 22 mei 2008, de datum waarop Aangeslotene de klacht van Consument afwees. Uiterlijk op die datum had Consument moeten begrijpen dat het aan hem was om schadebeperkende maatregelen te nemen, en had hij de door hem niet gewenste producten moeten verkopen. Het koersverloop na deze datum komt voor rekening en risico van Consument.

4.6 De Commissie heeft onvoldoende gegevens om de schade te kunnen vaststellen. Zij zal daarom een tussenuitspraak doen, waarin zij Aangeslotene in de gelegenheid stelt een schadeberekening te maken waarbij het totaalverlies op alle door Consument aangekochte producten wordt berekend over de periode van de datum van aankoop tot en met 22 mei 2008.

In de schadeberekening moeten kosten en eventuele uitkeringen op de producten worden betrokken, evenals een alternatief rendement van gemiddeld 4% dat Consument op een veiliger belegging zou hebben kunnen behalen. Voor de vastgoedfondsen die op voornoemde datum (praktisch)onverkoopbaar waren vanwege in de betreffende productvoorwaarden opgenomen verkooprestricties, dient te gelden dat de Commissie rekening zal houden met de toekomstige schade welke zij Consument kunnen berokkenen. Daartoe zal de Commissie van Aangeslotene - in aanvulling op de hiervoor vermelde gegevens - tevens informatie ontvangen aangaande de uitkeringen en koersen van die producten per jaareinde, vanaf het moment van aanschaf ervan tot en met 2011.

4.7 Consument zal vervolgens de gelegenheid krijgen op de schadeberekening te reageren, waarna de Commissie einduitspraak zal doen. De Commissie kan zich overigens voorstellen dat partijen het geschil, met inachtneming van deze tussenuitspraak, minnelijk regelen, zodat een einduitspraak achterwege kan blijven.

5. Beslissing

De Commissie stelt Aangeslotene in de gelegenheid binnen vier weken na de datum van verzending van deze uitspraak een schadeberekening over te leggen overeenkomstig de hiervoor onder 4.6 genoemde uitgangspunten, en houdt iedere verdere beslissing aan.