Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-310 d.d. 31 oktober 2012
(mr. J. Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en de heer J.C. Buiter, leden en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

De Commissie is van oordeel dat perpetuele obligaties passend zijn in een portefeuille met pensioendoelstelling, mits daarbij een bepaalde mate / verhouding (te weten: 30%) niet wordt overschreden. Het percentage perpetuele obligaties van de portefeuille van Consument bedraagt gemiddeld 25%, zodat niet gesteld kan worden dat de in acht te nemen verhouding als hiervoor bedoeld is overschreden. Daarnaast oordeelt de Commissie dat de beslissing van Consument om een schenking aan zijn dochter te doen voor rekening van Consument dient te blijven. De klacht van Consument moet op beide onderdelen worden afgewezen.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- het verzoek tot geschilbeslechting, ontvangen op 22 december 2010;
- de aanvulling op het verzoek van 14 maart 2011;
- het antwoord van Aangeslotene van 16 mei 2011;
- de repliek van Consument van 30 mei 2011;
- de dupliek van Aangeslotene van 28 juni 2011;
- de ter zitting door Consument overgelegde pleitaantekeningen;
- de brief van Aangeslotene van 20 februari 2012;
- de relevante stukken uit het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening.

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.
De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 14 december 2011. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument is op enig moment, in ieder geval vanaf 2002, een beleggingsrelatie aangegaan met Aangeslotene, welke valt te kwalificeren als een adviesrelatie. Consument beschikte over een beleggingsportefeuille welke op naam was gesteld van X Beheer B.V. (verder: de "stamrecht B.V."), alsmede beleggingsportefeuilles in privé en ten name van zijn echtgenote.

2.2 Op 4 december 2002 heeft Aangeslotene Consument per brief geïnformeerd dat zij voor de portefeuille van de stamrecht B.V. van Consument, geadministreerd onder nummer 0, een zogeheten "Inkomensgericht profiel" heeft vastgelegd. In deze brief schrijft Aangeslotene verder:

"De vermogensverdeling binnen dit profiel ziet er als volgt uit:

- *0% zakelijke waarden (o.a. aandelen, vastgoedfondsen en producten met een garantie van minder dan 100%), met een bandbreedte van minimaal 0% en maximaal 20%; en*
- *100% vastrentende waarden (o.a. obligaties, converteerbare obligaties en producten met een garantie van 100% of meer), met een bandbreedte van minimaal 80% en maximaal 100%.*

Het Inkomensgerichte profiel onderscheidt zich door de onderstaande algemene karakteristieken.

- *Het vermogen wordt hoofdzakelijk belegd in vastrentende waarden;*
- *Een vast inkomen uit vermogen is van primair belang; vermogensgroei komt op de tweede plaats;*
- *Er wordt genoegen genomen met een gemiddelde jaarlijkse waardestijging van 4% op de lange termijn (…);*
- *Een zeer beperkte waardedaling van het belegbaar vermogen is acceptabel;*
- *Er bestaat weinig tot geen affiniteit met de aandelenmarkten."*

2.3 Consument heeft voor de portefeuille van de stamrecht B.V. op 19 december 2003 voor een bedrag van € 7.000,00 nominaal de 6% perpetuele lening van Credit Agricole aangeschaft tegen een koers van 100,65%. Op 19 juli 2010 heeft Consument dit product verkocht tegen een koers van 90,10%. Voorts heeft Consument ten behoeve van deze portefeuille voor € 10.000,00 nominaal (tegen een koers van 100%) de achtergestelde perpetuele lening met variabele coupon van Aangeslotene gekocht; deze heeft Consument op 23 juli 2010 verkocht tegen een koers van 54,90%.

Ten behoeve van de privéportefeuille van Consument heeft Consument op 19 december 2003 voor een bedrag van € 11.000,00 nominaal de perpetuele lening van Credit Agricole aangeschaft tegen een koers van 100,70%. Op 1 februari 2011 heeft Consument deze obligaties verkocht tegen een koers van 84,00%. Voorts heeft Consument ten behoeve van deze portefeuille voor € 10.000,00 nominaal (tegen een koers van 109,29%) de perpetuele lening van ING gekocht en deze op 1 februari 2011 weer verkocht tegen een koers van 84,00%.

2.4 Op 24 oktober 2003 heeft Aangeslotene ten behoeve van Consument en met behulp van een rekenprogramma dat was gebaseerd op de fiscale regelgeving voor Nederlands belastingplichtigen, een zogeheten "LangLeven-analyse" verricht. Aangezien Consument woonachtig was in Y waren meerdere fiscale regimes van toepassing, waarop het door Aangeslotene model niet geheel was ingericht. Blijkens het op basis daarvan opgestelde overzicht zou Consument uit de stamrecht B.V. vanaf 2007, op basis van een stamrechtovereenkomst, inkomsten gaan genieten. De waarde van de beleggingen van Consument was op 31 december 2004 bepaald op een bedrag

van € 74.550,00 en de door zijn echtgenote aangehouden beleggingen op € 94.892,00; in totaal € 169.442,00.
De beleggingsportefeuille van de stamrecht B.V. was per 2 januari 2004 als volgt ingericht.

	Waarde (EUR)	*aandeel (%)*
Aandelen	**19.940,00**	**12,97**
- *Van Lanschot Euro Credit Fund*	*19.940,00*	*12,97*
Obligaties looptijd korter dan 5 jaar	**9.592,92**	**6,24**
- *7 ¼ SHV MAKRO 95-05*	*4.755,62*	*3,09*
- *5 ¾ ACHMEA Hyp Bnk 97-07*	*4.837,30*	*3,15*
Obligaties looptijd 5 – 10 jaar	**87.469,45**	**57,02**
- *6 % AG Perp Credit Agricole 03*	*7.049,00*	*4,59*
- *4 ½ % Z*	*25.350,00*	*16,49*
- *4 5/8 % AG ABN AMRO 99-09*	*15.405,00*	*10,02*
- *6 ¼ % AG ING Verzek 01-21*	*32.787,00*	*21,33*
- *5 % Heineken N.V. 03-13*	*7.058,45*	*4,59*
Obligaties langer dan 10 jaar	**30.900,00**	**20,10**
- *6 5/8 % AG Perp Fortis 01*	*30.900,00*	*20,10*
Saldo giraal sparen	**5.638,43**	**3,67**
Totale waarde	**153.720,80**	**100**

2.5 In haar brief van 21 januari 2004 heeft Aangeslotene, ten aanzien van het risicoprofiel van Consument, geschreven:
(…) *"Onderstaand vindt u de risicoprofielen van uw beleggingsportefeuille geadministreerd onder nummer 0225606674, gebaseerd op de gegevens van 31-12-2003.*
- *Bevestigd : inkomensgericht*
- *Actueel : inkomensgericht"*

2.6 In 2005 heeft Consument ten behoeve van een nieuw opgestelde financiële planning informatie aangeleverd aan Aangeslotene. Onder andere heeft Consument aan Aangeslotene aangegeven dat met betrekking tot de planning de beleggingsportefeuille van zijn stamrecht B.V. onderdeel uit dient te maken van zijn totale vermogen. In de d.d. 26 mei 2005 opgestelde financiële planning heeft Aangeslotene de waarde van de beleggingsportefeuille van de stamrecht B.V. meegenomen.
Aangaande de (per 31 december 2005 te verwachten) waarde van de beleggingen is in het overzicht ("Analyse: situatie 2005") het volgende opgenomen:

"Belegging X	*€ 68.649,00*
Gezamenlijk	*€ 195.341,00*
A Beheer	*€ 119.555,00*

TOTAAL BELEGGINGEN	*€ 383.544,00"*

2.7 Op 4 januari 2007 heeft Consument een e-mail gestuurd aan Aangeslotene, met als onderwerp "*fin planning*". Hierin schrijft Consument:
"liq + effecten per 1/1/07: € 350.000,–. In 2007 geen uitgaven voor auto's, zodat vrijkomende posten van [X] volledig ingeboekt kunnen worden voor € 45.000,– per 1/7/2007. Wij zien met belangstelling uit naar de planning."
Aangeslotene heeft hier op 30 januari 2007 per e-mail als volgt op gereageerd:
"Ik heb inmiddels e.e.a. verwerkt. Kunt u mij aangeven wat de opsplitsing is van de liquiditeiten en beleggingen? Dit dient dan gecorrigeerd te worden. Ik sluit in elk geval de basis vast bij, dan kunt u hier reeds naar kijken (…)".

2.8 Op 30 januari 2007 heeft een update van de financiële planning plaatsgevonden. Bij het bepalen van het vermogen van Consument heeft Aangeslotene, net als in 2005, (wel) rekening gehouden met het vermogen van de stamrecht B.V.
Aangaande de (per 31 december 2007 te verwachten) waarde van de beleggingen is in het overzicht ("Analyse: Update januari 2007") het volgende opgenomen:

"Belegging X	*€ 68.649,00*
Gezamenlijk	*€ 148.327,00*
A Beheer	*€ 119.555,00*
TOTAAL BELEGGINGEN	*€ 336.530,00"*

2.9 Op 26 april 2007 heeft tussen Consument en Aangeslotene contact per e-mail plaatsgevonden. Aangeslotene heeft hierin onder meer het volgende aangegeven:
"Duitsland kent momenteel geen vermogensbelasting, maar er wordt wel over gesproken. Op papier zou u [voornaam dochter] een schenking geven, waar wij een lening tegenover zetten. Zoals besproken kunt u hiermee vermogensoverheveling toepassen, waarbij de mogelijke invoering van vermogensbelasting geen invloed zou hebben op de vermogenspositie in Duitsland. (…)"

2.10 Op 3 augustus 2007 heeft Consument per bank een schenking verricht aan zijn dochter ten bedrage van totaal € 105.000,00. Op het rekeningafschrift is aangaande deze overboeking de volgende opmerking geplaatst: *"(…) Schenking uitsluitend te benutten voor aankoop appartement in het buitenland".*

2.11 In november 2007 heeft een update van de financiële planning plaatsgevonden. Bij het bepalen van het vermogen van Consument heeft Aangeslotene géén rekening gehouden met het vermogen van de stamrecht B.V.
Aangaande de (per 31 december 2007 te verwachten) waarde van de beleggingen is in het overzicht ("Analyse: november 2007") het volgende opgenomen:

"Gezamenlijk	*€ 78.525,00*
TOTAAL BELEGGINGEN	*€ 78.525,00"*

2.12 Op 3 november 2008 heeft Aangeslotene een e-mail gestuurd naar Consument waarin zij schrijft:

"Ik heb nog een mismatch aangetroffen in de planning van begin januari 2007. U heeft aangegeven in een mail de uitkering van de polis van [X] niet aan te wenden voor een auto en dat de uitkering aangewend kan worden voor het saldo. Dit geeft uiteraard weer een extra verschuiving in het nadeel van de saldo-ontwikkeling van de planning, daar u de uitkering WEL heeft aangewend voor een auto."
Consument heeft hierop gereageerd per e-mail van dezelfde datum:
"De uitkering van [X] is NIET aangewend voor de aankoop van auto's. (…). De overschrijdingen van het geplande budget in 2007 ten bedrage van ca. 150.000 zijn eenmalig en zeer nauwkeurig aan te wijzen dank zij het invoeren in de spreadsheet (schenking en nog een paar items). De volgende saldi zijn van toepassing:
31/12/05 314.000
31/12/06 330.000
31/12/07 175.000
31/12/08 100.000 geschat"

3 Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag ad € 108.759,00, zijnde het bedrag van de schenking aan zijn dochter ad € 100.000,00 alsmede het verlies dat Consument heeft geleden op de geadviseerde perpetuele obligaties ten aanzien van zowel de stamrecht B.V. als zijn privéportefeuille met een totaalbedrag van € 8.759,00.

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

- *(Klachtonderdeel 1):* Aangeslotene heeft bij het opstellen van de financiële planning een fout gemaakt. De beleggingen van de stamrecht B.V. zijn zowel in januari 2007 als in een eerder stadium door Aangeslotene opgeteld bij het privé eigen vermogen. Omdat tegenover het vermogen in de stamrecht B.V. een pensioenverplichting staat van gelijke hoogte, had dat niet gemogen. Door deze fout leek de financiële positie van Consument rooskleuriger dan zij in werkelijkheid was. Consument heeft op basis van deze voorstelling van zaken besloten om tot een schenking aan zijn dochter over te gaan. Indien Aangeslotene Consument een juiste voorstelling van zaken zou hebben verschaft, zou Consument niet tot de schenking zijn overgegaan. Door deze financiële beslissing is thans sprake van een tekort c.q. is 'de buffer voor de oude dag' fors verminderd en zal op korte termijn geheel 'verdwenen' zijn.
- *(Klachtonderdeel 2):* Aangeslotene had Consument niet mogen adviseren om te beleggen in perpetuele obligaties, zowel in privé als in de stamrecht B.V.; aankoop heeft plaatsgevonden na telefonisch advies van Aangeslotene. Aangeslotene heeft Consument echter niet geïnformeerd over de kenmerken en risico's van perpetuele obligaties. Verder passen perpetuele obligaties niet bij een risicomijdend profiel dat Consument heeft, Consument had daarbij een pensioendoelstelling. Voorts betwist Consument dat Aangeslotene, zoals zij stelt, regelmatig advies- dan wel

voortgangsgesprekken met Consument aangaande de beleggingen, in het bijzonder de perpetuele obligaties, heeft gevoerd.

3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De door partijen betrokken stellingen worden in het hiernavolgende voor zover nodig besproken.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde en hetgeen door hen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht, overweegt de Commissie als volgt.

4.1 Tussen partijen is niet in geschil dat er sprake is (geweest) van een adviesrelatie. In een adviesrelatie is de belegger in beginsel zelf verantwoordelijk voor de (beleggings)beslissingen aangaande zijn portefeuille(s). Dit wordt eerst anders indien de Aangeslotene een advies heeft gegeven dat niet strookt met een advies van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur. De Commissie dient dus vast te stellen of Aangeslotene (inderdaad) heeft geadviseerd en in geval van bevestigende beantwoording van deze vraag, of dit advies valt te kwalificeren als een advies van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur - de eigen verantwoordelijkheid van Consument als hiervoor reeds overwogen daarbij indachtig.

4.2 Ten aanzien van klachtonderdeel 2 heeft Consument, zo begrijpt de Commissie, beoogd te klagen over de advisering van Aangeslotene tot opname van perpetuele obligaties in zowel de privé portefeuille als in de portefeuille van de stamrecht B.V. Consument heeft zich daarbij, kort gezegd, op het standpunt gesteld dat Aangeslotene hem nooit had mogen adviseren om deze perpetuele obligaties in de portefeuilles op te nemen, gelet op het inkomensgerichte (defensieve) risicoprofiel, noch zou Aangeslotene Consument op de (kenmerken en) risico's van deze perpetuele obligaties hebben gewezen. Consument acht Aangeslotene gehouden op te komen voor de verliezen die Consument stelt te hebben geleden op de perpetuele obligaties, daarbij zijn schade begrotend op een bedrag van € 8.759,00.

4.3 In de eerste plaats stelt de Commissie vast dat zich in het dossier louter één overzicht van de portefeuille van de stamrecht B.V. bevindt d.d. 2 januari 2004 alsmede een overzicht van de aan- en verkopen van perpetuele obligaties, welk overzicht overigens niet wordt betwist door Aangeslotene. Uit dit overzicht blijkt dat Consument weliswaar op een aantal perpetuele obligaties verlies heeft geleden, doch dat op andere transacties met perpetuele obligaties juist winsten zijn gerealiseerd. De Commissie is dienaangaande - in zijn algemeenheid - van oordeel dat het bij de beoordeling van de vraag of financieel nadeel is geleden ten gevolge van het advies van Aangeslotene niet aan gaat om slechts over enkele perpetuele obligaties waarop verlies is geleden te klagen en daarbij de winsten die met andere perpetuele obligaties zijn behaald buiten beschouwing te laten.

4.4 Daar komt bij dat door het tijdsverloop thans niet (goed) meer mogelijk is om te kunnen beoordelen of, en zo ja, op welke wijze, Aangeslotene Consument bij zijn aankoop van diverse perpetuele obligaties gedurende de periode van 2001 tot 2004 heeft geadviseerd en, in voorkomend geval, of hierbij sprake was van een advies dat

een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur had mogen geven. Gezien de lange termijn gedurende welke perpetuele obligaties deel hebben uitgemaakt van de portefeuille houdt de Commissie het ervoor dat Consument gaande weg zich van aard en kenmerken van deze producten bewust moet zijn geworden. De Commissie is voorts, anders dan Consument lijkt te veronderstellen, van oordeel dat perpetuele obligaties in beginsel passend zijn in een portefeuille met een pensioendoelstelling, mits daarbij een bepaalde mate / verhouding (te weten: 30%) niet wordt overschreden. Uit het dossier blijkt dat het percentage perpetuele obligaties gemiddeld 25% van de portefeuille van Consument heeft uitgemaakt, zodat niet gesteld kan worden dat de in acht te nemen verhouding als hiervoor bedoeld is overschreden. Gelet op deze omvang kan dan ook niet worden gesproken van niet passende adviezen.

4.5 Vervolgens oordeelt de Commissie over het onderdeel van de klacht dat ziet op het door Aangeslotene opgestelde vermogensoverzicht, dat Consument naar eigen zeggen als uitgangspunt heeft gehanteerd bij zijn beslissing om zijn dochter een schenking te doen. De Commissie heeft vastgesteld dat op basis van de door Aangeslotene periodiek aan Consument verstrekte overzichten van diens (totale) vermogen bij Consument enige verwarring is ontstaan over de omvang van zijn totale vermogen en de mogelijke ruimte om een schenking te kunnen verrichten. De vraag is in hoeverre Aangeslotene terzake deze verwarring een verwijt kan worden gemaakt en, indien deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, of er sprake is van schade aan de zijde van Consument en of Aangeslotene, indien ook deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, gehouden kan worden deze schade geheel dan wel ten dele te vergoeden.

4.6 Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit de overlegde financiële planningen dat aanvankelijk daarin de beleggingsportefeuilles in privé en van de echtgenote zijn opgenomen als vermogensbestanddelen; onder inkomsten was vanaf 2007 een stamrechtuitkering opgenomen. Op verzoek van Consument is in 2005 de beleggingsportefeuille van de Stamrecht B.V. in de vermogensopstelling meegenomen, hetgeen een flatterend beeld geeft indien onder inkomsten tevens een stamrechtuitkering is opgenomen. Wat hiervan zij, het moest Consument duidelijk zijn, wat de doelstelling van de beleggingsportefeuille in de Stamrecht B.V. was, namelijk het doen van stamrechtuitkeringen vanaf 2007. Dat Consument zelf besloten heeft – mogelijk mede op basis van de financiële overzichten – een schenking aan zijn dochter te doen, is een beslissing welke hij zelfstandig heeft genomen en waarbij Aangeslotene slechts zijdelings in het voortraject over geraadpleegd is. Deze beslissing dient dan ook voor rekening van Consument te blijven.

4.7 Het voorgaande brengt mee dat de klacht van Consument op beide onderdelen moet worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering 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.