KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 236
d.d. 27 september 2011
(prof. mr. C.E. du Perron, voorzitter en drs. L.B. Lauwaars RA en G.J.P. Okkema, leden, en mr. E.E. Ribbers secretaris)

Samenvatting

Beleggingsadviesrelatie. Volgens Consument is advies tot aankoop van gestructureerde notes niet passend vanwege ontbreken hoofdsomgarantie. Verder zou de bank Consument niet over de kenmerken en risico's hebben geïnformeerd. Commissie constateert dat Consument bij het advies een informatiebrochure heeft ontvangen die de kenmerken en risico's beschrijft. Consument heeft geen kennis van de brochure genomen. Hiernaast passen de notes wel binnen het obligatiedeel van de matig offensieve effectenportefeuille.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening overgelegde dossier;
- het ingevulde en op 2 augustus 2010 door Consument ondertekende vragenformulier met bijlage;
- het antwoord namens Aangeslotene van 10 januari 2011 met bijlagen;
- de repliek namens Consument van 4 februari 2011 met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene van 10 maart 2011 met bijlagen.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

De Commissie heeft voorts vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op woensdag 17 augustus 2011.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Tussen Aangeslotene en Consument bestaat een effectendienstverleningsrelatie op basis van advies.

2.2 In januari 2005 heeft Consument op advies van Aangeslotene voor € 50.000,- Rente Notes (hierna: de "Notes") aangekocht. De einddatum van de Notes is 20 maart 2013. Ten tijde van de advisering hadden de Notes een AA- rating.

2.3 Bij de Notes gaat het om een gestructureerd produkt waarbij de couponrente de eerste drie jaar is vastgesteld op 4% en daarna afhankelijk is van de 5-jaars rente op Nederlandse staatsleningen met een minimum van 4% en een maximum van 8%. De Notes zijn uitgegeven door een kredietverzekeraar en gebaseerd op een honderdtal onderliggende bedrijven; de waarde van de Notes is afhankelijk van de prestaties van die bedrijven. Op grond van de op de Notes toepasselijke voorwaarden zal de op de einddatum uit te keren nominale waarde van de Notes met 331/3 % worden verminderd indien zich 13 Credit Events (bijv. faillissement) hebben voorgedaan. Bij 14 Credit Events wordt de nominale waarde nogmaals met 331/3% verminderd en bij 15 Credit Events wordt de nominale waarde tot nul gereduceerd en vindt er op de einddatum geen uitkering plaats. Inmiddels zijn er 8 Credit Events opgetreden. De koers van de Notes fluctueert en is afhankelijk van onder meer het kredietrisico van de onderliggende bedrijven en het aantal Credit Events dat zich heeft voorgedaan.

2.4 Vanaf het ontstaan van de beleggingsadviesrelatie heeft Aangeslotene de effecten-portefeuille van Consument ingedeeld in de categorie matig offensief. Een matig offensieve (model)effectenportefeuille bestaat uit circa 54% aandelen, 32% obligaties, 9% onroerend goed en 5% liquiditeiten. Aan de hand van een door Consument op 14 augustus 2007 ingevulde vragenlijst heeft Aangeslotene het beleggersprofiel van Consument bepaald als "matig offensief".

2.5 Op 24 september 2008 heeft op initiatief van Consument een gesprek plaats-gevonden tussen Consument, haar echtgenoot en de beleggingsadviseur over opgetreden koersdaling van de Notes.

3. Geschil

3.1 Consument vordert dat de Commissie bepaalt dat Aangeslotene Consument een bankgarantie verstrekt inhoudende dat op de einddatum van de Notes 100% van de hoofdsom van de Notes aan Consument wordt betaald.

3.2 Deze vorderingen steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen: Consument is van mening dat Aangeslotene bij haar advies tot aankoop van de Notes niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht. Consument stelt in dit kader dat zij niet is gewezen op de kenmerken en risico's van de Notes, in het bijzonder niet op de mogelijke gevolgen van het optreden van Credit Events voor de uitkering van de nominale waarde op de einddatum. Hiernaast pasten de Notes niet binnen het risicomijdende deel (het obligatiedeel) van de portefeuille van Consument. In dit kader stelt Consument dat

een hoofdsomgarantie voor haar essentieel was bij de keuze van de individuele beleggingen binnen het obligatiegedeelte van haar effectenportefeuille. Ook had Consument nooit eerder een obligatie gehad waarbij het begrip Credit Event een rol speelde en het begrip was haar onbekend. Was Consument bij het advies op de Credit Events gewezen dan had zij de Notes niet gekocht. Ook na de aankoop van de Notes heeft Aangeslotene nagelaten Consumenten te wijzen op de mogelijke gevolgen van het optreden van Credit Events voor de uitkering van de nominale waarde op de einddatum. Verder heeft Aangeslotene nagelaten te adviseren tot verkoop van de Notes.
Pas op 24 september 2008 is voor het eerst met Aangeslotene over Credit Events gesproken. Dit gesprek vond plaats op verzoek van Consument omdat zij een verklaring wenste voor de opgetreden koersdaling van de Notes en garantie door Aangeslotene van betaling van de hoofdsom. Van toepasselijkheid van artikel 6:89 BW en artikel 10, lid 1 onder e van het Reglement van de Commissie is geen sprake. Artikel 6:100 BW is niet toepasselijk omdat de hoogte van de couponrente normaal was en niet opvallend hoog.

3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd: Aangeslotene bestrijdt dat zij niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht. De kenmerken en risico's van de Notes zijn bij het advies aan de orde zijn gekomen. Ook paste het advies binnen het beleggersprofiel en de portefeuille van Consument. Aangeslotene stelt tevens dat Consument geen schade heeft geleden en dat voor zover er sprake van schade zou zijn deze te wijten is aan de eigen schuld van Consument omdat zij te laat bij Aangeslotene heeft geprotesteerd tegen de passendheid van het advies tot aankoop van de Notes, namelijk pas in januari 2009. In dit kader beroept Aangeslotene zich op artikel 6:89 BW en artikel 10, lid 1 onder e van het Reglement van de Commissie. Aangeslotene wijst er tevens op dat Consument haar eventuele schade had kunnen beperken door de Notes te verkopen. Ten slotte beroept Aangeslotene zich op artikel 6:100 BW en stelt dat Consument voordeel heeft genoten door de hoge couponrente van de Notes. Dit voordeel zou op grond van artikel 6:100 BW, voor zover dit redelijk is, bij de vaststelling van de eventueel te vergoeden schade moeten worden verrekend.

4. Zitting

Ter zitting hebben Consument en Aangeslotene hun standpunten nader toegelicht. Op vragen van de Commissie verklaart de gemachtigde van Consument dat Aangeslotene in een gesprek op 18 januari 2005 met Consument en gemachtigde heeft geadviseerd tot aanschaf van de Notes en de informatiebrochure over de Notes heeft uitgereikt. Consument heeft tijdens dat gesprek besloten tot aankoop van de Notes en geen kennis genomen van de informatiebrochure.

5. Beoordeling

5.1 Het verweer van Aangeslotene dat Consument op grond van artikel 10 lid 1 onder e van het Reglement van de Commissie niet-ontvankelijk is in haar klacht omdat de feiten in een te ver verleden zouden liggen, wordt verworpen. Naar het oordeel van de Commissie liggen de feiten niet te ver in het verleden, is de Commissie op grond van de door Consument en Aangeslotene verschafte informatie in staat zich een oordeel te vormen over de gang van zaken in 2005 en is Aangeslotene niet in haar procesbelang geschaad.

5.2 Tussen Consument en Aangeslotene bestaat een effectendienstverleningsrelatie op basis van advies. Het uitgangspunt daarbij is dat Consument zelf het beleggingsbeleid bepaalt en verantwoordelijk is voor aan- en verkoopbeslissingen en de samenstelling van zijn effectenportefeuille. De aansprakelijkheid van Aangeslotene is beperkt tot adviezen die een redelijk handelend en redelijk bekwaam beleggingsadviseur niet had mogen geven.

5.3 De vraag die de Commissie dient te beantwoorden is of het advies van Aangeslotene in januari 2005 tot aankoop van de Notes een advies is geweest dat een redelijk handelend en redelijke bekwaam beleggingsadviseur niet had mogen geven. De Commissie beantwoordt deze vraag ontkennend. Consument stelt dat een hoofd-somgarantie voor haar essentieel was bij de keuze van de individuele beleggingen binnen het obligatiegedeelte van haar effectenportefeuille. Consument heeft echter geen stukken overgelegd aan de Commissie waaruit blijkt dat daarover afspraken zijn gemaakt met Aangeslotene. De Commissie oordeelt hiernaast dat -uitgaande van de destijds beschikbare produktinformatie- het advies tot aanschaf van de Notes paste binnen het obligatiedeel van de portefeuille van Consument en meer in zijn algemeen heid binnen het gematigd offensieve profiel van de effectenportefeuille van Consument. Ten slotte neemt de Commissie in aanmerking dat de kredietwaardig-heid van de Notes in januari 2005 door een erkend ratingbureau op AA- was gewaardeerd en dat er voor Aangeslotene geen aanleiding bestond om te twijfelen aan die rating.

5.4 Ten aanzien van de door Aangeslotene aan Consument verschafte informatie over de kenmerken en risico's van de Notes oordeelt de Commissie dat Consument haar stelling dat Aangeslotene haar bij het adviesgesprek op 18 januari 2005 onvoldoende op de kenmerken en risico's van de Notes heeft gewezen onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. De Commissie neemt hierbij in aanmerking dat ter zitting is vast komen te staan dat Aangeslotene Consument tijdens het adviesgesprek de informatiebrochure over de Notes ter hand heeft gesteld waarin de kenmerken en

risico's van de Notes worden vermeld. Het gegeven dat Consument om haar moverende redenen geen kennis heeft genomen van die informatiebrochure dient voor haar rekening te komen. De brochure geeft duidelijk aan dat de Notes verband houden met kredietrisico's. Dat het begrip Credit Event pas bij nadere bestudering vermeld en uitgelegd wordt neemt niet weg dat Consument zich van het bijzondere aspect van de kredietverzekering bewust had moeten zijn. Het gegeven dat Aangeslotene -volgens Consument- een en ander in het adviesgesprek niet met zoveel woorden heeft vermeld, doet aan het vorenstaande niet af.

5.5 Anders dan Consument is de Commissie van mening dat in een adviesrelatie geen sprake is van een adviesplicht. Mocht speciale aandacht in zeer bijzondere omstandigheden geboden zijn, dan is van zulke omstandigheden hier niet gebleken. Ten slotte voldoet de uitgever van de Notes nog steeds aan haar verplichtingen en staat geenszins vast dat de hoofdsom op de einddatum van de Notes niet volledig zal worden uitgekeerd.

5.6 Uit het bovenstaande vloeit voort dat de vordering van Consument zal worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering van Consument 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.