Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-324 d.d. 20 juni 2013
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, H. Mik RA en R.H.G. Mijné, leden en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

Consument baseert zijn vordering tot schadevergoeding op de stelling dat de door Aangeslotene geadviseerde perpetuele obligaties niet passend waren in de beleggingsportefeuille waarop een defensief risicoprofiel van toepassing was en Aangeslotene onvoldoende informatie heeft verstrekt over de kenmerken en risico's van deze obligaties. Nu Consument op de hoogte was van het perpetuele karakter van de obligaties en dat geen probleem vond, oordeelt de Commissie dat aan de overschrijding van het percentage zakelijke waarden in de portefeuille in dit geval geen consequenties mogen worden verbonden. De Commissie acht het niet aannemelijk dat ten tijde van de advisering in 2004 en 2005 door Aangeslotene is gesproken over het achtergestelde karakter van de obligaties. Zowel Aangeslotene als Consument hebben zich destijds niet gerealiseerd dat dit risico zich kon verwezenlijken en dit was redelijkerwijs ook niet te verwachten. De Commissie acht het op basis van de inzichten in die tijd dan ook niet aannemelijk dat, indien vaststaat dat Aangeslotene Consument wél had geïnformeerd over het achtergestelde karakter, Consument zou hebben gekozen voor een andere samenstelling van de beleggingsportefeuille. De klacht van Consument wordt afgewezen.

Consument, handelende namens de erven X, Y en Z;

tegen

de naamloze vennootschap ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen op 1 juni 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene van 19 september 2012;
- de repliek van Consument van 23 oktober 2012;
- de dupliek van Aangeslotene van 15 november 2012;
- de door Consument tijdens de zitting overgelegde stukken;
- de brief met bijlage van Consument van 21 februari 2013.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 13 februari 2013 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Consument vertegenwoordigt de erven van mevrouw X, Consument zelf, wijlen mevrouw Y en mevrouw Z.

3.2. Tussen mevrouw X en Aangeslotene bestond een beleggingsrelatie op basis van advies. Op de beleggingsportefeuille van mevrouw X was risicoprofiel II (defensief) van toepassing. Bij dit risicoprofiel behoort een aanbevolen verdeling van:

Aandelen	22%
Obligaties	45%
Onroerend goed	3%
Liquiditeiten	30%

3.3. Tot medio 2004 nam mevrouw X zelfstandig haar beleggingsbeslissingen. Hierna is mevrouw Z, als gemachtigde van mevrouw X, de beleggingsportefeuille van mevrouw X gaan beheren. In januari 2005 heeft mevrouw Z de adressering van het beleggingsdepot gewijzigd. Vanaf dat moment heeft Aangeslotene de dagafschriften en vermogensrapportages naar het adres van mevrouw Z verzonden.

3.4. Bij brief van 20 september 2004 heeft Aangeslotene mevrouw X voorgesteld om de in haar portefeuille opgenomen 6,50% ABN AMRO Bank perpetuele lening om te ruilen tegen het ABN AMRO Perpetuele Certificaat. In de brief is het volgende opgenomen:

"(…) Met plezier zend ik u daarom een brochure van ons nieuwe product: ABN AMRO Perpetuele Certificaat. Kijkend naar de samenstelling van uw portefeuille, denk ik dat een ruil in deze vorm van beleggen uitstekend bij u kan passen (…)".

3.5. Bij brief van 6 september 2005 adviseert Aangeslotene mevrouw Z de volgende producten:

ABN AMRO Euro Credit Fund	EUR 50.000,-
5,25% Royal Bank of Scotland obligatie	EUR 50.000,-
7% Depfa obligatie	EUR 50.000,-

In de brief is opgenomen dat Consument informatie over de RBS obligatie en Depfa als bijlage aantreft.

3.6. Volgens de vermogensrapportage van Aangeslotene zag de beleggingsportefeuille van mevrouw X er eind 2005 als volgt uit:

Vermogenscategorie	waarde (EUR)	in%
Aandelen	178.827	15,5%
Obligaties	635.765	55,1%
Onroerend goed	37.950	3,3%

Liquiditeiten	298.310	25,8%
Overig	3.764	0,3%
Totaal	1.154.617	100%

3.7. Het obligatiedeel van de beleggingsportefeuille zag er eind 2005 als volgt uit:

Product	waarde (EUR)	in%
5,25% RBS perpetual	51.215	8,1%
7% Depfa perpetual	50.975	7,7%
AAB euro credit fund	285.944	43,3%
AAB perpetueel certificaat	107.568	16,0%
ING perpetual	76.651	11,8%
Rente plus note	81.200	13,0%

3.8. In 2007 is mevrouw X overleden. Op 26 februari 2008 zijn de RBS perpetual en de ING perpetual uit de beleggingsportefeuille van mevrouw X overgeboekt naar de beleggingsportefeuilles van de erven.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade. Deze schade bestaat uit de waardevermindering van de beleggingsportefeuille en het renteverlies en wordt door Consument begroot op een bedrag van respectievelijk € 200.235,-- en € 10.000,--.

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

- Aangeslotene heeft haar zorgplicht jegens mevrouw X geschonden en is derhalve schadeplichtig.
- Aangeslotene had mevrouw X niet mogen adviseren om te beleggen in perpetuele obligaties, aangezien deze niet passen in een beleggingsportefeuille met een defensief risicoprofiel.
- Aangeslotene heeft mevrouw X en mevrouw Z onvoldoende voorgelicht over de eigenschappen van perpetuele obligaties, met name over het achtergestelde karakter hiervan. Indien Aangeslotene wel voldoende informatie had verstrekt, dan waren de perpetuele obligaties niet aangekocht, maar was gekozen voor Nederlandse Staatsobligaties.

4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. Alvorens de Commissie ingaat op de vordering van Consument, zal zij eerst het formele verweer van Aangeslotene beoordelen. Aangeslotene stelt dat mevrouw X, althans mevrouw Z als haar vertegenwoordiger, zich ingevolge artikel 6:89 BW niet binnen bekwame tijd nadat zij het gebrek redelijkerwijze had moeten ontdekken bij haar heeft beklaagd. Mevrouw X en/of mevrouw Z had reeds bij de aankoop van de obligaties in 2004 en 2005 het vermeende gebrek moeten ontdekken. Consument

had dat kunnen doen in 2008, zijnde het moment waarop enkele obligaties zijn overgeboekt en Consument op de hoogte was van het achtergestelde karakter van deze obligaties.

5.2. De Commissie stelt vast dat Consument bij de verdeling van de erfenis in 2008 op de hoogte is geraakt van het achtergestelde karakter van de perpetuele obligaties. Dit heeft Consument ook erkend. Het is niet gebleken dat Consument reeds voor dit tijdstip heeft behoren te begrijpen dat hij ontoereikend was voorgelicht. Nu Consument pas eind 2010 heeft geklaagd, stelt Aangeslotene dat zij door dit tijdsverloop onredelijk is benadeeld, aangezien zij in 2004 en 2005, dan wel in 2008 niet in de gelegenheid is gesteld het gebrek in de prestatie te verhelpen door de ongewenste beleggingen te verkopen en deze in te ruilen voor andere beleggingen. Voorts stelt Aangeslotene dat zij ernstig in haar bewijspositie is geschaad nu het fysieke dossier, door de verstreken tijd, bij haar niet meer te achterhalen is.

5.3. Naar het oordeel van de Commissie heeft Aangeslotene onvoldoende aangetoond dat mevrouw X of mevrouw Z in 2004 of 2005 al over voldoende gegevens beschikte om bij Aangeslotene tegen de beleggingen te protesteren. Evenmin heeft Aangeslotene aangetoond dat zij als gevolg van het tijdsverloop daadwerkelijk is benadeeld. Uit de stelling van Aangeslotene blijkt niet dat zij, als Consument in 2008 zou hebben geklaagd, het gebrek in de prestatie op dat moment had kunnen verhelpen. Voorts oordeelt de Commissie dat de oorzaak van het niet meer aanwezig zijn van het fysieke dossier gelegen is in omstandigheden die niet aan Consument kunnen worden toegerekend. Dat het fysieke dossier niet meer aanwezig is als gevolg van de verplaatsing, splitsing en het sluiten van het beleggingsdepot gedurende de jaren 2007-2009, is aan Aangeslotene zelf te verwijten.

5.4. Het voorgaande brengt mee dat het formele verweer van Aangeslotene niet slaagt en dat de Commissie de vordering van Consument kan behandelen.

5.5. De Commissie stelt vast dat tussen partijen een adviesrelatie heeft bestaan. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger zelf beslissingen neemt over het al dan niet uitvoeren van transacties na verkregen advies van een beleggingsadviseur van de instelling waarmee hij een beleggingsrelatie onderhoudt. Omdat de belegger in een adviesrelatie uiteindelijk zelf de beslissingen neemt, is hij in beginsel zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van die beslissingen. Dit kan slechts anders zijn als komt vast te staan dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt.

5.6. Consument baseert zijn vordering tot schadevergoeding op de stelling dat de door Aangeslotene geadviseerde perpetuele obligaties niet passend waren in de beleggingsportefeuille waarop een defensief risicoprofiel van toepassing was. Daarnaast heeft Aangeslotene mevrouw X en mevrouw Z onvoldoende geïnformeerd over de kenmerken en risico's van deze obligaties, met name over het achtergestelde karakter. Aangeslotene stelt dat de door haar geadviseerde perpetuele obligaties passend waren in de beleggingsportefeuille van mevrouw X. Aangeslotene heeft zowel mevrouw X als mevrouw Z nauwgezet en zorgvuldig geïnformeerd over de kenmerken en risico's van deze producten, zo betoogt Aangeslotene.

5.7. De vraag die beantwoord moet worden is of het door Aangeslotene verstrekte advies, een advies is dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur had mogen geven. In dit kader overweegt de Commissie als volgt.

5.8. De Commissie stelt vast dat ten tijde van de door Aangeslotene verstrekte adviezen een defensief risicoprofiel op de beleggingsportefeuille van mevrouw X van toepassing was. De specifieke eigenschappen van perpetuele obligaties kunnen onder omstandigheden meebrengen dat de belegger risico's loopt die niet onderdoen voor het risico dat is verbonden aan beleggingen in zakelijke waarden. De Commissie hanteert volgens haar vaste jurisprudentie, mede gelet op de hanteerbaarheid voor de praktijk, als richtsnoer dat het vastrentende deel van een defensieve beleggingsportefeuille voor maximaal 30% mag bestaan uit producten zoals perpetuele obligaties waarmee de belegger een min of meer aanzienlijk koersrisico loopt. Het feit dat over het algemeen een risico als zeer laag wordt ingeschat is geen reden om aan dat risico voorbij te gaan. Toepassing van voornoemd richtsnoer zal in een concreet geval uiteindelijk afhangen van alle omstandigheden. De Commissie stelt vast dat er sprake is van een overschrijding van het percentage zakelijke waarden, aangezien het obligatiegedeelte van de portefeuille voor 43,6% uit perpetuele obligaties bestond. Hierdoor was de beleggingsportefeuille risicovoller ingericht dan volgens het beleggingsprofiel is toegestaan. Het verweer van Aangeslotene dat zij de perpetuele obligaties heeft geadviseerd vanwege de uitdrukkelijke wens van mevrouw Z te beleggen in producten met een hoog rendement wordt door de Commissie niet gevolgd. Uit de stukken is de Commissie niet gebleken dat mevrouw Z deze wens uitdrukkelijk had geuit. Daarnaast heeft de heer A, adviseur van Aangeslotene, deze stelling tijdens de zitting niet nader kunnen onderbouwen.

5.9. Ten aanzien van de klacht van Consument dat Aangeslotene Consument niet heeft geïnformeerd over de kenmerken en risico's van de perpetuele obligaties overweegt de Commissie als volgt.

5.10. De Commissie acht het aannemelijk dat Aangeslotene mevrouw X en/of mevrouw Z heeft geïnformeerd over het perpetuele karakter van de obligatie. Dit blijkt uit een door Aangeslotene bij haar brief van 20 september 2004 bijgesloten brochure over het AAB perpetuele Certificaat en de informatie over de RBS en Depfa perpetual die Aangeslotene bij haar brief van 6 september 2005 als bijlage heeft opgenomen. Consument heeft de ontvangst van de brochure niet betwist en heeft de ontvangen informatie over de Depfa perpetual, waaruit bleek dat deze een perpetueel karakter had, tijdens de zitting overgelegd. Consument was zich ervan bewust dat de obligaties een perpetueel karakter hadden en dit was voor Consument geen probleem, zoals tijdens de zitting door Consument werd toegelicht.

5.11. Nu Consument op de hoogte was van het perpetuele karakter van de obligaties en dat geen probleem vond, oordeelt de Commissie dat aan de overschrijding van het percentage zakelijke waarden in de portefeuille in dit geval geen consequenties mogen worden verbonden. Daarbij neemt de Commissie mede in aanmerking de mate waarin van overschrijding sprake was.

5.12. De Commissie acht het niet aannemelijk dat ten tijde van de advisering in 2004 en 2005 door Aangeslotene is gesproken over het achtergestelde karakter van de

obligaties. Zowel Aangeslotene als Consument hebben zich destijds niet gerealiseerd dat dit risico zich kon verwezenlijken en dit was redelijkerwijs ook niet te verwachten. De Commissie acht het dan ook op basis van de inzichten in die tijd niet aannemelijk dat, indien vaststaat dat Aangeslotene Consument wél had geïnformeerd over het achtergestelde karakter, Consument zou hebben gekozen voor een andere samenstelling van de beleggingsportefeuille. Daarbij neemt de Commissie voorts in overweging dat Consument, op het moment dat hij in 2008 ontdekte dat er sprake was van een achtergestelde lening, Aangeslotene niet nadrukkelijk heeft meegedeeld dat hij geen achtergestelde lening in de beleggingsportefeuille wilde.

5.13. Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot de conclusie dat er geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van Aangeslotene.

5.14. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de klacht van Consument wordt afgewezen.

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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.