

Uitspraak Commissie van Beroep 2012-15 d.d. 24 juli 2012

(prof. mr. A.S. Hartkamp, voorzitter, mr. A. Bus, mr. J.B. Fleers, mr. R.J.F. Thiessen en drs. P.H.M. Kuijs AAG, leden, en mr. M.J. Drijfholt, secretaris)

Samenvatting

Belanghebbende, een niet-professionele cliënt met een niet-speculatief risicoprofiel, onderhoudt sedert een reeks van jaren een adviesrelatie met de bank. Hij belegde onder meer in perpetuele floating rate obligaties. De bank attendeert hem op een mogelijke belegging, in welke e-mail *Fortis Convertible perpetual floater* was vermeld. Na telefonisch overleg met de bank geeft belanghebbende opdracht tot aankoop van floater voor een substantieel bedrag. De leningsvoorwaarden van deze obligatie bevatten onder meer een achterstellingclausule, maar daarop heeft de bank belanghebbende niet gewezen. Wanneer de belanghebbende de achterstelling ontdekt (een jaar na de aankoop) vordert hij schadevergoeding van de bank.

Deze vordering wordt toegewezen. Van een professionele instelling als de bank moet worden verwacht dat zij een niet-professionele cliënt met een niet-speculatief risicoprofiel, zoals belanghebbende, nadrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk maakt wat de eigenschappen van aangeboden obligaties zijn en in voorkomend geval dus ook dat zij door hun achtergestelde karakter minder zekerheid geven dan vastrentende waarde in het algemeen. De bank is in de nakoming van deze verplichting ernstig tekortgeschoten. Het causale verband tussen de tekortkoming van de bank en de schade is naar het oordeel van de Beroepscommissie gegeven. De bewijslast ten aanzien van het causale verband rust in beginsel op belanghebbende. Belanghebbende heeft betoogd dat hij de obligatie niet zou hebben aangekocht indien hij het achtergestelde karakter daarvan had gekend. Gelet op het niet-speculatieve beleggingsprofiel van belanghebbende, de omvang van het bij de bank te beleggen bedrag, de samenstelling van zijn obligatieportefeuille en het gewicht van de litigieuze obligatie in die portefeuille, acht de Beroepscommissie deze stelling aannemelijk. Verder overwegingen over de omvang van de schade.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

1. De procedure in hoger beroep

- 1.1. Appellant (hierna: belanghebbende) heeft bij een op 20 december 2011 gedateerd beroepschrift (met bijlagen) op de voet van artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met artikel 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (de Geschillencommissie) van 1 december 2011 ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (de Beroepscommissie).
- 1.2. Verweerster in beroep (hierna: de bank) heeft een op 16 februari 2012 gedateerd verweerschrift (met bijlagen) ingediend.
- 1.3. De Beroepscommissie heeft de zaak mondeling behandeld op 18 juni 2012. Partijen hebben hun standpunt nader toegelicht en vragen van de Beroepscommissie beantwoord. Beide partijen hebben pleitaantekeningen overgelegd.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Beoordeling van het hoger beroep

- 3.1. De Geschillencommissie heeft de volgende feiten vastgesteld. Belanghebbende, een niet-professionele cliënt met een niet-speculatief risicoprofiel, onderhoudt sedert een reeks van jaren een adviesrelatie met de bank. Hij belegde onder meer in perpetuele floating rate obligaties. Op 4 januari 2008 zond de bank aan belanghebbende een e-mail over een mogelijke belegging, in welke e-mail *Fortis Convertible perpetual floater* was vermeld. In de loop van die dag heeft belanghebbende hierover telefonisch contact gehad met een medewerker van de bank en is overleg gevoerd. Dit overleg leidde ertoe dat belanghebbende opdracht gaf tot aankoop van nominaal € 250.000,- van, zoals op de aankoopnota staat vermeld, 6.9490% *FORTIS/FORTIS CV 07/PERP*. De leningsvoorwaarden van deze obligatie bevatten onder meer een achterstelling-clausule.
- 3.2. Ook de Beroepscommissie gaat van deze feiten uit, en bovendien van de volgende.
 - Op 22 december 2008 is het aan belanghebbende duidelijk geworden dat het bij de door hem gekochte obligatie ging om zogenoemde CASHES, dat wil zeggen '(Floating Rate) Convertible And Subordinated Hybrid Equity-linked Securities.' Op genoemde datum is hem dus duidelijk geworden dat het om een achtergestelde lening ging.

- De bank heeft hem dit ter gelegenheid van de aankoop niet meegedeeld, noch in de e-mail van 4 januari 2008, noch in het hierboven vermelde telefoongesprek dat later op de dag heeft plaatsgehad. Weliswaar heeft de bank gesteld dat in het telefoongesprek ook over de achterstelling is gesproken, maar dit blijkt niet uit de aantekeningen die belanghebbende op de e-mail van 4 januari 2008 heeft geplaatst. De bank heeft geen bewijs overgelegd, bijvoorbeeld in de vorm van een transcript van dat tot een kooporder leidende telefoongesprek, en daarvoor ook geen plausibele (door bewijsmateriaal ondersteunde) verklaring gegeven, terwijl dat wel van de bank kan worden gevergd. Het oordeel van de Geschillencommissie dat de bank hierdoor haar verweer onvoldoende heeft onderbouwd, wordt door de Beroepscommissie onderschreven. Dit verweer wordt daarom gepasseerd.
 - Naar uit mededelingen van de bank ter zitting van 18 juni 2012 is gebleken, was de bank op 4 januari 2008 ervan op de hoogte, althans ging zij ervan uit, dat het bij de obligatie in kwestie om een achtergestelde obligatie ging. Voorts heeft de bank ter zitting erkend dat het bij die achterstelling om een wezenlijke eigenschap van de obligatie gaat.
- 3.3. Belanghebbende heeft vergoeding gevorderd van de schade die hij als gevolg van de aankoop van de obligatie heeft geleden.
- 3.4. De Geschillencommissie heeft de vordering van belanghebbende afgewezen. Zij heeft - samengevat - als volgt geoordeeld.
- Van een professionele instelling als de bank moet worden verwacht dat zij een niet-professionele cliënt met een niet-speculatief risicoprofiel, zoals belanghebbende, nadrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk maakt wat de eigenschappen van aangeboden obligaties zijn en in voorkomend geval dus ook dat zij door hun achtergestelde karakter minder zekerheid geven dan vastrentende waarde in het algemeen.
 - De bank is in de nakoming van deze verplichting tekortgeschoten.
 - De bank is echter niet aansprakelijk voor de door belanghebbende geleden schade. Het staat vast dat belanghebbende, die een ruime mate van kennis van obligaties had, advies wilde over een belegging met een zo hoog mogelijk rendement en dat hij reeds op de gedachte was gekomen om te beleggen in RABO certificaten, die wat betreft het achtergestelde karakter lijken op de Fortis Cashes, met name wat het achtergestelde karakter betreft. Daarom valt niet in te zien dat de bank aansprakelijk is nu zij heeft verzuimd belanghebbende nadrukkelijk op de achterstelling van de Fortis Cashes te wijzen.
- 3.5. Naar aanleiding van de hiertegen gerichte bezwaren van belanghebbende in hoger beroep wordt het volgende overwogen.

- 3.6. De Beroepscommissie beschouwt het feit dat de bank belanghebbende niet op de hoogte heeft gesteld van het achtergestelde karakter van de obligatie, terwijl zij dit karakter kende of behoorde te kennen, als een ernstige tekortkoming van de bank. Van een professionele instelling als de bank moet immers worden verwacht dat zij een niet-professionele cliënt nadrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk maakt wat de eigenschappen van aangeboden obligaties zijn en in een geval als dit dus ook dat het gaat om obligaties die door hun achtergestelde karakter minder zekerheid geven dan vastrentende waarde in het algemeen. Dit geldt in het bijzonder indien het gaat om een belegging in een obligatie met een investering van € 250.000,-, terwijl het te beleggen vermogen van belanghebbende bij de bank ten hoogste € 1 miljoen bedroeg.
- 3.7. Het causale verband tussen de tekortkoming van de bank en de schade is naar het oordeel van de Beroepscommissie gegeven. De bewijslast ten aanzien van het causale verband rust in beginsel op belanghebbende. Belanghebbende heeft betoogd dat hij de obligatie niet zou hebben aangekocht indien hij het achtergestelde karakter daarvan had gekend. Gelet op het niet-speculatieve beleggingsprofiel van belanghebbende, de omvang van het bij de bank te beleggen bedrag, de samenstelling van zijn obligatieportefeuille en het gewicht van de litigieuze obligatie in die portefeuille, acht de Beroepscommissie deze stelling aannemelijk. De bank heeft ten verweere aangevoerd dat belanghebbende op zoek was naar obligaties met een hoog rendement en dat hij reeds achtergestelde obligaties bezat. De Beroepscommissie acht deze stellingen onvoldoende om de geloofwaardigheid van de stelling van belanghebbende te ondergraven, waardoor de juistheid daarvan komt vast te staan.
- 3.8. Hetgeen de Geschillencommissie heeft overwogen zoals weergegeven onder 3.4, derde gedachtestreepje, onderschrijft de Beroepscommissie niet. Aan de daar genoemde feiten, ook indien juist, kan niet de conclusie worden verbonden dat de onrechtmatigheid aan de tekortkoming van de bank ontvalt, dat het causale verband tussen de tekortkoming en de schade van de belanghebbende wordt doorbroken, of dat aan de belanghebbende 'eigen schuld' kan worden toegerekend die de vergoedingsplicht van de bank vermindert of opheft. Daarbij wordt - behalve het reeds over de feiten opgemerkte - in aanmerking genomen dat in hoger beroep niet is komen vast te staan dat belanghebbende, die inderdaad reeds achtergestelde obligaties - waaronder ledencertificaten van de Rabobank - bezat, nauwkeurig wist of behoorde te weten wat het achtergestelde karakter van een obligatie inhoudt en welke varianten daarvan bestaan.

3.9. Uit het voorgaande vloeit voort dat de bank aansprakelijk is voor de gehele door belanghebbende geleden schade. Belanghebbende heeft - in de voor de omvang van het gevorderde bepalende procedure in eerste inleg - als schadevergoeding gevorderd € 113.750, zulks uitgaande van de aankoopsom (€ 261.875) en de waarde van de obligatie op de beurs in Luxemburg op 18 maart 2010 (€ 148.125). De bank heeft - behalve door te wijzen op de door belanghebbende geïnde couponrente - deze opgave niet gemotiveerd bestreden. Zij heeft immers slechts aangevoerd dat belanghebbende in zijn schadeopgave 'zijn risicobereidheid om te beleggen diende te verdisconteren.' De Beroepscommissie verstaat dit aldus dat de bank betoogt dat belanghebbende bereid zou zijn geweest om (een) andere vergelijkbare obligatie(s) te kopen en dat bij de beoordeling van de omvang van de schade het resultaat van een dergelijke alternatieve belegging in aanmerking behoort te worden genomen. De bank heeft echter niet aangegeven welke andere obligatie(s) hiervoor in aanmerking zou(den) zijn gekomen, hetgeen op haar weg had gelegen. De Beroepscommissie zal daarom de schade op het door belanghebbende gestelde bedrag begroten, waarbij de door belanghebbende geïnde couponrente (€ 21.650) en de rente die hij zou hebben behaald op de door hem bij de bank aangehouden depositorekening (€ 16.430) in aanmerking worden genomen. De schade wordt daarom vastgesteld op € 108.530.

4. Slotsom en kosten

- 4.1. De slotsom luidt dat het beroep van belanghebbende slaagt. De bestreden beslissing kan niet in stand blijven. De Beroepscommissie zal na te melden beslissing voor de bestreden beslissing in de plaats stellen.
- 4.2. De bank dient op de voet van artikel 11.6 Reglement van Beroep te worden veroordeeld tot vergoeding van de door belanghebbende betaalde bijdrage voor beroep.

5. Beslissing

De Beroepscommissie stelt bij bindend advies de volgende beslissing in de plaats van de beslissing van de Geschillencommissie:

- de bank dient aan belanghebbende, binnen vier weken na verzending van een afschrift van dit bindend advies aan partijen, een bedrag van € 108.530 te vergoeden;
- de bank dient aan belanghebbende een bedrag te vergoeden van € 500 ter zake van de door hem betaalde bijdrage voor beroep.