Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-316 d.d. 6 november 2012
(mr. J. Wortel, voorzitter, de heer H. Mik RA en de heer G.J.P. Okkema, leden en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

De Commissie is van oordeel dat het beleggingsvoorstel van de bank onverenigbaar is met het overeengekomen defensieve risicoprofiel van Consument. Het is de Commissie niet gebleken dat de bank Consument steeds nadrukkelijk en in niet misverstane bewoordingen heeft ingelicht over de specifieke eigenschappen van de perpetuele obligaties en de risico's die hieraan verbonden zijn. Voorts is het de Commissie niet gebleken dat de bank Consument nadrukkelijk heeft gewaarschuwd voor het feit dat de beleggingsportefeuille zoals die werd opgebouwd strijdig was met het risicoprofiel en beleggingsdoelstellingen van Consument. Gelet op het voorgaande oordeelt de Commissie dat de bank haar zorgplicht jegens Consument heeft geschonden. De door Consument geleden schade dient door de bank vergoed te worden, verminderd met het aandeel van de schade dat voor rekening van Consument dient te blijven.

1. Procedure

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, ontvangen d.d. 29 april 2011;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 17 augustus 2011;
- de repliek van Consument d.d. 30 augustus 2011;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 16 september 2011;
- de ter zitting door Consument overgelegde pleitnota;

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 als bindend zullen aanvaarden.
De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 7 maart 2012. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Op 21 juli 2005 heeft er tussen Aangeslotene en Consument een gesprek plaatsgevonden over het mogelijk beleggen van het vermogen van Consument bij Aangeslotene op basis van een adviesrelatie.

2.2. In augustus 2005 heeft Aangeslotene een beleggingsportefeuille geopend op naam van mevrouw X, geregistreerd onder nummer 26.03.66.234. Aan de hand van een inventarisatie van gegevens van Consument is het risicoprofiel vastgesteld op

defensief. Bij een defensief beleggingsprofiel behoorde volgens de door Aangeslotene gehanteerde uitgangspunten een asset allocatie van:

Vastrentende waarden	70%
Zakelijke waarden	30%

2.3. Naar aanleiding van het gesprek op 21 juli 2005 heeft Aangeslotene Consument per brief d.d. 3 augustus 2005 een beleggingsvoorstel voor portefeuille 26.03.66.234 toegezonden. Op 10 augustus 2005 heeft Aangeslotene dit beleggingsvoorstel met Consument besproken. Het beleggingsvoorstel ziet er als volgt uit:

Vastrentende waarden

Individuele Obligaties	Waarde (€)	Weging (%)
0,00% FLRO RABOBANK NEDERLAND 05-15	325.000,-	13,00
5,25% AO ROYAL BANK OF SCOTLAND 05-10/49	325.000,-	13,00
5,875% AHOLD FIN. USA 01-12	325.000,-	13,00
4,25% NEDERLAND 03-13	325.000,-	13,00
8,000% FLRAO ISLAND 05-15/49	325.000,-	13,00
Totaal Individuele Obligaties	**1.625.000,-**	
65,00		

Liquiditeiten	Waarde (€)	Weging (%)
Effectenrekening	125.000,-	5,00
Totaal liquiditeiten	**125.000,-**	
5,00		

Totaal vastrentende waarden	1.750.000,-
70,00	

Zakelijke waarden

Aandelen Individueel en Sectorfondsen		Waarde (€)	Weging (%)
Total Fina Elf	Energie	50.000,-	2,00
Royal Dutch	Energie	50.000,-	2,00
Bayer	Basis	50.000,-	2,00
Adecco	Industrie	50.000,-	2,00
General Electric	Industrie	50.000,-	2,00
McDonald's	Cycl. Cons. goederen	50.000,-	2,00
Philips	Cycl. Cons. goederen	50.000,-	2,00
BMW	Cycl. Cons. Goederen	50.000,-	2,00
Coca-Cola	Niet Cycl. Cons. Goederen	50.000,-	2,00
Colgate-Palmolive	Niet Cycl. Cons. Goederen	50.000,-	2,00
Procter & Gamble	Niet Cycl. Cons. Goederen	50.000,-	2,00
Wal-Mart	Niet Cycl. Cons. Goederen	50.000,-	2,00
Johnson & Johnson	Gezondheid	50.000,-	2,00

Roche	Gezondheid	50.000,-	2,00
Citigroup	Banken	50.000,-	2,00
Totaal Aandelen Individueel en Sectorfondsen		**750.000,-**	**30,00**
Totaal zakelijke waarden		750.000,-	30,00
Totaal		**2.500.000,-**	**100,00**

2.4. In oktober 2005 is door Aangeslotene een tweede beleggingsportefeuille geopend, op naam van zowel mevrouw als de heer X, geregistreerd onder nummer 26.03.75.020. Ook voor deze beleggingsportefeuille geldt een defensief risicoprofiel. Het beleggingsvoorstel van Aangeslotene voor deze beleggingsportefeuille is nagenoeg identiek aan het beleggingsvoorstel onder 2.3.

2.5. Beide beleggingsportefeuilles van Consument zijn uiteindelijk niet conform het beleggingsvoorstel van Aangeslotene ingericht.

2.6. Op 27 juni 2009 heeft Consument Aangeslotene per e-mail aansprakelijk gesteld voor de door Consument geleden schade en nog te lijden schade als gevolg van een "verkeerde beleggingspolicy" door Aangeslotene.

3. Geschil

3.1. Consument vordert vergoeding van de schade die hij door de advisering van Aangeslotene stelt te hebben geleden. Consument begroot die schade op een bedrag van € 409.326,- zijnde het door Consument geleden verlies in de periode 31 december 2007 tot 20 juni 2009 en € 147.770,- zijnde het verlies over 2007 exclusief ontvangen coupons en dividend.

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

- Aangeslotene heeft haar zorgplicht jegens Consument geschonden en is derhalve schadeplichtig jegens Consument.
- Perpetuele obligaties kunnen slechts in geringe mate (maximaal 25%) onderdeel zijn van een obligatieportefeuille en deze passen niet in een pensioenportefeuille. De gemiddelde weging van perpetuele obligaties in de portefeuille bedroeg 77%. Aangeslotene had de perpetuele obligaties niet aan Consument mogen adviseren.
- Er is niet of nauwelijks sprake van sectorspreiding in de portefeuille. Beleggingen in één sector moeten beperkt blijven tot maximaal 30% van de portefeuille.
- Er is sprake van gebrekkige rapportages en informatievoorziening door Aangeslotene. Aangeslotene geeft geen indicatie van een passende asset-mix die behoort bij een defensief profiel en heeft Consument niet geïnformeerd over de verschillende risico's die in de portefeuille aanwezig waren.

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 bestond een adviesrelatie. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger zelf beslist over het al dan niet uitvoeren van transacties na een verkregen advies van de beleggingsadviseur. 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.

4.2. De Commissie stelt vast dat in deze buiten discussie staat dat op basis van de door Aangeslotene gemaakte inventarisatie ter zake de wensen van Consument en zijn risicobereidheid een defensief risicoprofiel is vastgesteld. Bij een defensief risicoprofiel behoort een beleggingsvoorstel dat er zoveel mogelijk op is gericht koersrisico's te vermijden. In dit kader oordeelt de Commissie dat het voorstel voor wat betreft het vastrentende deel van de beleggingsportefeuille voor maximaal 30% mag bestaan uit perpetuele obligaties. De specifieke eigenschappen daarvan kunnen onder omstandigheden meebrengen dat de belegger risico's loopt die niet onderdoen voor het risico dat is verbonden aan beleggingen in zakelijke waarden. Van een financiële dienstverlener wordt dan ook gevergd dat hij zijn niet-professionele cliënt met een niet-speculatief risicoprofiel, zoals Consument, steeds nadrukkelijk en in niet misverstane bewoordingen moet inlichten over de specifieke eigenschappen van de perpetuele obligaties en de risico's die hieraan verbonden zijn. Dit geldt ook in het geval Consument op eigen initiatief in perpetuele obligaties zou wensen te beleggen. Aangeslotene heeft geenszins aannemelijk gemaakt dat zij aan deze verplichting heeft voldaan. Voor wat betreft de verwijzing in dit kader door Aangeslotene naar de uitleg van de betekenis van de afkortingen aan de achterzijde van de door Aangeslotene verstrekte overzichten oordeelt de Commissie dat Aangeslotene als financiële dienstverlener er niet op mocht vertrouwen dat Consument toereikende informatie omtrent dit complexe beleggingsproduct zou vinden in de enkele vermelding van de afkortingen en de betekenis hiervan op deze overzichten, waarvan de Consument overigens pas kon kennisnemen nadat hij de opdrachten tot aankoop reeds had gegeven.

4.3. Het hiervoor onder 2.3 weergegeven beleggingsvoorstel is onverenigbaar met het overeengekomen defensieve risicoprofiel, aangezien van het als vastrentend aangemerkte deel van de voorgestelde portefeuille slechts de Nederlandse staatsobligaties (derhalve 18,5% van dat deel van de portefeuille en 13,0 % van de gehele voorgestelde portefeuille) geen significant risico van koersverlies kennen. Reeds door dit beleggingsvoorstel aan Consument te doen, is Aangeslotene derhalve jegens hem tekortgeschoten.

4.4. Bovendien staat, zoals onder 2.5 weergegeven, vast dat bij de uiteindelijke invulling van de beleggingsportefeuille is afgeweken van het beleggingsvoorstel van Aangeslotene. Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag op

wiens initiatief deze afwijking is ontstaan c.q. wie hiervoor verantwoordelijk is. De Commissie oordeelt evenwel dat zelfs als deze afwijking van het voorstel door Consument zelf zou zijn geïnitieerd, het op de weg van Aangeslotene had gelegen om Consument nadrukkelijk te waarschuwen voor het feit dat de beleggingsportefeuille zoals die werd opgebouwd strijdig was met het risicoprofiel en beleggingsdoelstellingen van de Consument. Het is de Commissie niet gebleken dat Aangeslotene een dergelijke, in niet mis te verstane bewoordingen gegeven, waarschuwing heeft doen uitgaan. Het verweer van Aangeslotene dat de verantwoordelijkheid voor de afwijking van het voorstel en/of de overweging van bepaalde beleggingen geheel bij Consument berust in verband met de door hem gedane onttrekkingen in combinatie met de door Consument zelf uitgevoerde aan- en verkopen, houdt derhalve geen stand. Nog daargelaten dat niet valt in te zien hoe de door de Consument gepleegde onttrekkingen (ten laste van de zakelijke waarden), zoals daarvan blijkt uit de aan de Commissie gepresenteerde stukken, de afwijkingen van de voorgestelde portefeuille-indeling volledig kunnen verklaren, brengt het uitblijven van een nadrukkelijke waarschuwing als zojuist bedoeld mee dat die afwijkingen ook aan Aangeslotene moeten worden toegerekend.

4.5. Gelet op het voorgaande oordeelt de Commissie dat Aangeslotene niet heeft gehandeld zoals een redelijk handelend en redelijk bekwaam beleggingsadviseur betaamt en dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de zorgplicht aan de zijde van Aangeslotene jegens Consument. Dit brengt met zich mee dat de door Consument gevorderde schade deels, namelijk met inachtneming van de mate waarin die schade aan Consument zelf is toe te rekenen, voor vergoeding in aanmerking komt. De Commissie vindt aanleiding de door de Consument geleden schade, te begroten als hierna vermeld, voor 33,3% aan de Consument zelf toe te rekenen. Het is voldoende aannemelijk dat diens verlangen naar een zo hoog mogelijk rendement, in elk geval hoger dan met een spaarvorm gerealiseerd kon worden, Consument ook bij een verantwoord beleggingsvoorstel en adequate waarschuwingen voor afwijkingen van het risicoprofiel gekozen zou hebben voor beleggingen met een niet onbeduidend risico van waardeverlies. Bovendien heeft Consument volgens zijn eigen stellingen ingestemd met beleggingen die hij niet goed begreep zodat hij de risico's niet kon overzien. Het had op de weg van Consument gelegen hierover navraag te doen. Dat Consument dit kennelijk heeft nagelaten, kan niet aan Aangeslotene worden toegerekend.

4.6. Voor zover Consument beoogt ook te klagen over de door de Aangeslotene geadviseerde beleggingen in aandelen is dit niet concreet onderbouwd, terwijl de Commissie ook overigens niet is gebleken dat Aangeslotene bij zijn advisering ten aanzien van de beleggingen in aandelen is tekortgeschoten.

4.7. Met het oog op dit laatste kan de door Consument gevorderde schade worden begroot op het waardeverlies op zijn beleggingen in obligaties, voor zover die beleggingen het hiervoor genoemde maximum aan beleggingen in perpetuele obligaties hebben overschreden, gecorrigeerd met hetgeen minder aan rente zou zijn genoten indien dat maximum niet was overschreden.

Met het oog op een eventuele onderlinge regeling van het geschil hebben partijen na de hoorzitting nog gecorrespondeerd, welke correspondentie zij aan de Commissie hebben doen toekomen en bij de stukken van het geding is gevoegd. Aangeslotene heeft in diens brief aan Consument gedateerd 8 mei 2012 een op consistente wijze onderbouwde berekening opgenomen die resulteert in een aan Consument te vergoeden bedrag van € 108.071,15, uitgaande van 33% eigen schuld aan de kant van Consument. De Commissie acht deze berekening juist en maakt die tot de hare. Zij zal derhalve bepalen dat Aangeslotene het zojuist genoemde bedrag aan Consument dient te vergoeden, met rente zoals hierna bepaald.

4.8. Nu Consument in het gelijk wordt gesteld dient Aangeslotene de door Consument in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50,- te vergoeden. De door Consument mede gevorderde kosten van juridische bijstand zal de Commissie met overeenkomstige toepassing van het Liquidatietarief rechtbanken en hoven begroten op € 2.682,-. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

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

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies, dat Aangeslotene binnen vier weken na dagtekening van dit advies, aan Consument vergoedt het bedrag van € 108.071,15, met wettelijke rente vanaf 2 mei 2012. Ook moet Aangeslotene Consument vergoeden diens eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht, zijnde € 50,-, en € 2.682,-.aan kosten voor rechtsbijstand. Het meer of anders gevorderde 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.