Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-43 d.d. 22 januari 2014
(prof.mr. C.E. du Perron, voorzitter, prof.drs. A.D. Bac RA en G.J.P. Okkema, leden en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

Naar het oordeel van de Commissie is Consument in beginsel zelf verantwoordelijk geweest voor zijn beleggingsbeslissingen, maar had Aangeslotene Consument, gelet op de vermogensadviesrelatie tussen partijen, indringender en in niet mis te verstane bewoordingen moeten waarschuwen voor het feit dat de portefeuille te risicovol was ingevuld. Daarnaast heeft Aangeslotene onzorgvuldig gehandeld door niet tijdig na het gesprek tussen Consument en Aangeslotene, Consument een passend beleggingsvoorstel te sturen. De door Consument gevorderde schade komt deels voor vergoeding in aanmerking.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap ING 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, ontvangen op 9 januari 2013;
- de aanvullingen op dit verzoek van 31 januari 2013 en 22 maart 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

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 30 oktober 2013 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. In 2004 is tussen Consument en Aangeslotene een beleggingsrelatie op basis van advies tot stand gekomen. Op de beleggingsportefeuille is een matig offensief risicoprofiel van toepassing. Bij een matig offensief risicoprofiel behoort een asset allocatie van 50% vastrentende waarden en 50% zakelijke waarden.

3.2. Bij brief van 25 oktober 2006 heeft Aangeslotene het risicoprofiel matig offensief en de uitgangspunten aan Consument bevestigd. Deze uitgangspunten zijn:

• Het in effecten belegd vermogen, ondergebracht bij [Aangeslotene] bedraagt circa € 329.348,00.
• Het beleggingsdoel van dit depot is Pensioenopbouw (oudedagsreserve).
• Er dienen geen periodieke bedragen te worden onttrokken om het inkomen aan te vullen.
• Er wordt niet belegd met geleend geld.
• De beleggingsportefeuille is opgebouwd uit beleggingsfondsen, aandelen, obligaties en/of garantieproducten.
• U bent zich bewust van de risico's van beleggen in de onder het vorige punt genoemde beleggingscategorieën.
• Er zijn ons geen overige wensen en/of beperkingen tot de invulling van uw effectenportefeuille bekend.
• De beleggingshorizon is: Minimaal 12 tot 16 jaar.
• De beleggingen zullen plaatsvinden conform het beleggingsprofiel Rendement Groei Profiel (matig offensief), 3 RGr.
• De samenstelling van de effectenportefeuille is momenteel niet in overeenstemming met het door u gekozen beleggingsprofiel. De portefeuille is momenteel risicovoller ingericht. De verdeling ziet er per 31 juli 2006 als volgt uit:
39,53% vastrentende waarden en 60,47% zakelijke waarden (aandelen).

3.3. Op 22 november 2006 heeft er tussen Consument en Aangeslotene een adviesgesprek plaatsgevonden. Naar aanleiding van dit gesprek heeft Aangeslotene Consument op 30 november 2006 een beleggingsvoorstel toegezonden. In dit beleggingsvoorstel is onder andere het volgende opgenomen:

"(…) Te beleggen vermogen
Wij gaan in dit voorstel uit van een te beleggen vermogen van circa € 600.000,-. Dit is inclusief de € 50.000,- waarmee u zelf speculeert. De € 100.000,- die gereserveerd staan voor de uitbreiding van de woning valt verder buiten het bestek van dit voorstel.
Beleggingsdoelstelling
Er is geen specifieke doelstelling vastgelegd. Dit betekent dat het vermogen vrij belegbaar is.
Beleggingshorizon
In dit beleggingsvoorstel hanteren wij een beleggingshorizon van minimaal 10 jaar.
(…)
Zeer offensieve portefeuille
U bent een risicovolle belegger, die voornamelijk geïnteresseerd is in vermogenswinst. Wat betreft inkomsten of andere doelstellingen bent u niet afhankelijk van dit deel van uw vermogen. U kent de dynamiek van de beurs en u aanvaardt de risico's die daarbij horen. De waarde van het belegde vermogen kan, gezien het hoge percentage aandelen, sterk fluctueren.
Op basis van het gekozen risicoprofiel adviseren wij u de onderstaande portefeuille verdeling.

Beleggingscategorie	Bedrag	Percentage
Vastrentende waarden	€ 60.000,-	10%
Beschermd beleggen	€ 30.000,-	5%
Individuele aandelen (speculatief)	€ 50.000,-	8%
Zakelijke waarden	€ 460.000,-	77% (…)"

3.4. Consument heeft dit beleggingsvoorstel van Aangeslotene niet opgevolgd.

3.5. Volgens de door Aangeslotene aan Consument verstrekte vermogensoverzichten zag de beleggingportefeuille van Consument er als volgt uit:

datum	waarde	% vastrentend	% zakelijke waarden
30 september 2004	€ 52.347,75	74%	26%
31 december 2004	€ 118.756,50	87%	13%
31 maart 2005	€ 61.917,77	100%	0%
30 juni 2005	€ 94.374,84	100%	0%
30 september 2005	€ 125.131,02	75%	25%
30 december 2005	€ 290.454,95	39%	61%
31 maart 2006	€ 341.729,92	39%	61%
30 juni 2006	€ 322.295,91	40%	60%
29 september 2006	€ 385.022,68	34%	66%
31 december 2006	€ 426.755,33	31%	69%
31 januari 2007	€ 431.138,61	31%	69%
28 februari 2007	€ 233.416,11	27%	73%
30 maart 2007	€ 0,00	0%	0%
31 mei 2007	€ 343.965,87	0%	100%
29 juni 2007	€ 346.311,33	0%	100%
31 juli 2007	€ 300.208,43	24%	76%
31 augustus 2007	€ 788.313,40	9%	91%
28 september 2007	€ 828.859,03	9%	91%
31 oktober 2007	€ 777.184,61	9%	91%
31 december 2007	€ 775.989,83	10%	90%
31 januari 2008	€ 709.086,02	11%	89%
29 februari 2008	€ 707.436,83	11%	89%
31 maart 2008	€ 674.528,29	12%	88%
30 april 2008	€ 715.047,14	11%	89%
30 mei 2008	€610.371,92	12%	88%
30 juni 2008	€ 504.216,89	15%	85%
31 juli 2008	€ 464.992,79	16%	84%
29 augustus 2008	€ 481.075,53	16%	84%
30 september 2008	€ 415.354,15	18%	82%
31 oktober 2008	€ 373.008,73	21%	79%

Bij een afwijking van het gekozen risicoprofiel matig offensief vermeldt Aangeslotene het volgende in de hierboven genoemde overzichten:

"LET OP: Het risico van uw huidige beleggingsportefeuille is hoger dan het risico van het door u gekozen beleggingsprofiel. Het berekende percentage aandelen in uw beleggingsportefeuille mag 10% afwijken van het gekozen beleggingsprofiel. Zie voor verdere uitleg de brochure "Uw beleggingsprofiel".

Opties, futures, special products en liquide middelen zijn buiten beschouwing gelaten bij het vaststellen van bovengenoemd beleggingsprofiel. Houdt u er rekening mee dat opties, futures en special products (sterk) risicoverhogend kunnen werken.

Voor de vermogensverdeling zijn alle fondsen toegerekend aan de categorie aandelen of vastrentend. Dit kan afwijken van de juridische indeling van de fondsen.

Hierbij zijn de beleggingskarakteristieken van de fondsen bepalend. Zo worden bijvoorbeeld reverse convertibles gerekend tot de categorie aandelen en beleggingsfondsen in (uitsluitend) obligaties gerekend tot de categorie vastrentend.

3.6. Op 10 juni 2008 heeft er tussen Consument en Aangeslotene een gesprek plaatsgevonden. Op dat moment bedroeg het verlies op de beleggingsportefeuille van Consument circa € 40.000,-.

3.7. Op 28 augustus 2008 heeft Aangeslotene, naar aanleiding van dit gesprek, een beleggingsvoorstel naar Consument gestuurd. In dit voorstel is onder andere het volgende opgenomen:

"(…) U heeft aangegeven dat u een bedrag van € 500.000,- wilt blijven beleggen en dat u het beheer over dit vermogen graag in handen wilt geven van ING Private Banking. Het bedrag is momenteel belegd, hoofdzakelijk in individuele aandelen.
(….) Op basis van uw beleggingsdoel en –horizon, uw ervaring met beleggen en uw financiële positie heeft u gekozen voor het volgende beleggingsprofiel:
Vermogensgroei (zeer offensief)
Portefeuilleverdeling: 10% vastrentende waarden (zoals obligaties en liquiditeiten), 90% zakelijke waarden (zoals aandelen en vastgoed.
(…) U gaat beleggen met als doel: vrij belegbaar vermogen.
(…) U wilt naar verwachting beleggen voor een periode van tussen 12 en 16 jaar.
Wellicht dat een kortere horizon van toepassing is, maar op dit moment is dat niet concreet voorzien.
(…)"

3.8. Dit beleggingsvoorstel van Aangeslotene is door Consument niet opgevolgd.

3.9. In een e-mail van 21 september 2008 heeft Consument Aangeslotene aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden verliezen vanaf 10 juni 2008.

3.10. Eind 2008 heeft Consument zijn beleggingsportefeuille geheel geliquideerd.

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 wordt door Consument primair begroot op een bedrag van € 369.181,-, zijnde het door Consument geleden verlies, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 december 2008 tot aan de dag der algehele vergoeding en te vermeerderen met bijkomende kosten waaronder de door Consument gemaakte kosten rechtsbijstand ad € 15.774,63 en de nog te maken bijkomende kosten, waaronder juridische kosten.
Consument begroot zijn schade subsidiair op een bedrag van € 233.181,-, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 december 2008 tot aan de dag der algehele vergoeding en te vermeerderen met een bedrag ad € 15.774,63 aan kosten rechtsbijstand.

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

- Aangeslotene heeft Consument niet of nauwelijks gewaarschuwd toen de beleggingsportefeuille van Consument niet meer overeenkwam met het vastgestelde beleggingsprofiel (matig offensief) en de beleggingsdoelstellingen (pensioenopbouw).
- Aangeslotene heeft verzuimd Consument tijdig te adviseren en de door Aangeslotene verstrekte adviezen waren niet in overeenstemming met de pensioendoelstelling en het vastgestelde risicoprofiel matig offensief.
- Tijdens het gesprek op 10 juni 2008 heeft Consument uitdrukkelijk aangegeven de door hem geleden verliezen te willen beperken. Daarnaast heeft hij expliciet aangegeven de portefeuille te willen liquideren. Aangeslotene adviseerde Consument

op dat moment niet tot verkoop over te gaan, maar eerst haar advies af te wachten. Dit advies kwam pas op 28 augustus 2008 en toen waren de verliezen inmiddels fors opgelopen. Bovendien was het advies gebaseerd op een zeer offensief risicoprofiel en niet in overeenstemming met de wensen en doelstellingen van Consument.

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. De Commissie stelt vast dat tussen partijen een adviesrelatie bestaat. 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.

5.2. Consument baseert zijn vordering tot schadevergoeding op de stelling dat de door Aangeslotene verstrekte beleggingsvoorstellen van november 2006 en augustus 2008 niet in overeenstemming waren met de beleggingsdoelstelling pensioenopbouw en het vastgestelde risicoprofiel matig offensief. Om deze reden heeft Consument deze voorstellen van Aangeslotene niet opgevolgd. Daarnaast stelt Consument dat Aangeslotene hem onvoldoende heeft gewaarschuwd op het moment dat de beleggingsportefeuille te risicovol was ingericht en derhalve niet meer in overeenstemming was met de beleggingsdoelstelling en het vastgestelde risicoprofiel.

5.3. De vraag die thans beantwoord moet worden is of Aangeslotene heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. In dit kader overweegt de Commissie als volgt.

5.4. De Commissie stelt vast dat op de beleggingsportefeuille van Consument een matig offensief risicoprofiel van toepassing was; Aangeslotene heeft dit als zodanig ook steeds op de aan Consument verstrekte vermogensoverzichten vermeld. De beleggingsdoelstelling was pensioenopbouw. Deze uitgangspunten zijn door Aangeslotene in haar brief van 25 oktober 2006 aan Consument bevestigd. Voorts stelt de Commissie vast dat het beleggingsvoorstel van november 2006 uitgaat van een zeer offensief risicoprofiel en een vrij belegbaar vermogen. Aangeslotene heeft tijdens de hoorzitting onvoldoende duidelijk gemaakt waarom deze uitgangspunten ten opzichte van oktober 2006 zijn gewijzigd. Vaststaat dat het door Aangeslotene verstrekte beleggingsvoorstel van 20 november 2006 niet in overeenstemming was met het tussen partijen vastgestelde risicoprofiel matig offensief en de beleggingsdoelstelling pensioenopbouw.

5.5. Consument heeft het beleggingsvoorstel van 20 november 2006 niet opgevolgd nu dit voorstel niet in overeenstemming was met zijn beleggingsdoelstelling en het risicoprofiel matig offensief. Vervolgens is Consument naar eigen inzicht gaan beleggen. Als gevolg van deze beleggingen is de portefeuille van Consument te

risicovol ingevuld. Consument is naar het oordeel van de Commissie in beginsel zelf verantwoordelijk geweest voor deze beleggingsbeslissingen, maar Aangeslotene had Consument, gelet op de vermogensadviesrelatie tussen partijen, indringender en in niet mis te verstane bewoordingen moeten waarschuwen dat zijn portefeuille te risicovol was ingevuld. De vermelde waarschuwing op de door Aangeslotene aan Consument toegezonden vermogensoverzichten acht de Commissie hiervoor onvoldoende. De stelling van Aangeslotene dat Consument door adviseurs herhaaldelijk is gewaarschuwd, is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende onderbouwd. Aangeslotene heeft, in plaats van indringender te waarschuwen, een beleggingsvoorstel aan Consument gezonden dat voor diens profiel te risicovol was. Onder deze omstandigheden dient een deel van de schade voor rekening van Aangeslotene te komen.

5.6. Vaststaat dat er op 10 juni 2008 een gesprek heeft plaatsgevonden tussen Aangeslotene en Consument. Partijen verschillen echter van mening wat er tijdens dit gesprek exact is besproken en hierover is tijdens de hoorzitting geen duidelijkheid ontstaan. De Commissie acht het aannemelijk dat tijdens dit gesprek is gesproken over de tot dat moment geleden verliezen en de wijze waarop deze beperkt konden worden. Vervolgens heeft Aangeslotene op 28 augustus 2008 een beleggingsvoorstel naar Consument toegezonden.

5.7. Naar het oordeel van de Commissie heeft Aangeslotene onzorgvuldig gehandeld door Consument pas op 28 augustus 2008 een beleggingsvoorstel toe te zenden. Gelet op de verliezen die waren ontstaan was de noodzaak voor een nieuw voorstel op korte termijn na het gesprek op 10 juni 2008, met als doel deze verliezen te beperken, voldoende duidelijk. Voorts stelt de Commissie vast dat dit voorstel van Aangeslotene niet voldeed aan de doelstelling de verliezen te beperken nu Aangeslotene in dit voorstel (wederom) is uitgegaan van een zeer offensief risicoprofiel. De Commissie acht het redelijk dat Aangeslotene naar aanleiding van het gesprek op 10 juni 2008 binnen een termijn van twee weken een passend voorstel naar Consument zou hebben gezonden. De Commissie acht het aannemelijk dat Consument, indien Aangeslotene hiertoe over was gegaan, dit voorstel zou hebben opgevolgd.

5.8. 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 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.

5.9. Voor de begroting van de door Aangeslotene te vergoeden schade gaat de Commissie uit van twee schademomenten:

1. De schade die is ontstaan omdat Consument zelfstandig beleggingsbeslissingen heeft genomen nadat Aangeslotene in 2006 een niet passend beleggingsvoorstel heeft verstrekt. Deze schade bestaat uit het verlies van de beleggingsportefeuille op het moment dat Consument en Aangeslotene over dit verlies in gesprek zijn

gegaan, zijnde 10 juni 2008. Op basis van de stukken van het dossier en hetgeen hierover tijdens de hoorzitting door partijen is verklaard begroot de Commissie dit verlies op een bedrag van € 40.000,-. Nu Consument voor een aanzienlijk deel zelf verantwoordelijk is voor de door hem aangekochte risicovolle beleggingen (zie hiervoor onder 5.5.) dient naar het oordeel van de Commissie 75% van dit verlies voor rekening van Consument te blijven. Dit betekent dat de door Aangeslotene te vergoeden schade € 10.000,- bedraagt.

2. De door Consument geleden schade als gevolg van het onzorgvuldig handelen van Aangeslotene na het gesprek op 10 juni 2008. Zoals onder 5.7. is overwogen, had Aangeslotene binnen twee weken na dit gesprek een passend voorstel naar Consument moeten sturen. Dit betekent dat de periode waarover de schade moet worden berekend begint op 24 juni 2008. Voor de einddatum neemt de Commissie tot uitgangspunt de datum waarop Aangeslotene daadwerkelijk een advies aan Consument heeft verstuurd (28 augustus 2008). De Commissie acht het redelijk dat Consument twee weken de tijd nam om dit voorstel op zich te laten inwerken. Daarbij neemt de Commissie in aanmerking dat het advies niet aansloot op het profiel van Consument. Na deze twee weken komt het verlies geheel voor rekening van Consument. Op dat moment zou het voor Consument immers voldoende duidelijk hebben moeten zijn dat hij het voorstel niet zou opvolgen, en dient hij door zijn nalaten om in te grijpen de verantwoordelijkheid voor verdere verliezen geheel te dragen. De door Aangeslotene te vergoeden schade bestaat derhalve uit het verlies van de beleggingsportefeuille over de periode van 24 juni 2008 (twee weken na het gesprek op 10 juni 2008) tot 12 september 2008 (2 weken na verzending van het beleggingsvoorstel door Aangeslotene op 28 augustus 2008). Voor de begroting van dit verlies heeft de Commissie de in de portefeuille opgenomen beleggingen over deze periode vergeleken met het Robeco balanced mix fund. Een fonds dat aansluit bij een matig offensief risicoprofiel en de asset verdeling welke Aangeslotene gebruikt ten behoeve van dit profiel. Voor de vaststelling van de waarde van de portefeuille over de hiervoor genoemde periode baseert de Commissie zich op zowel de door Aangeslotene verstrekte vermogensoverzichten als op door eigen onderzoek gevonden koersen en berekende waarden. Dit alles in ogenschouw nemende begroot de Commissie de schade over periode 2 naar redelijkheid op een bedrag van € 67.000,-. Van dit bedrag dient 25% voor rekening van Consument te blijven nu de Commissie van oordeel is dat Consument reeds eerder maatregelen had kunnen nemen om zijn verlies te beperken, in plaats van het voorstel van Aangeslotene af te wachten. Dit brengt mee dat de door Aangeslotene te vergoeden schade over deze periode € 50.250 bedraagt.

5.10. Over het bedrag dat Aangeslotene aldus aan Consument dient te betalen, zijnde in totaal € 60.250,-, moet rente worden vergoed gelijk aan de wettelijke rente. Deze rente moet worden berekend met ingang van 12 september 2008 tot aan de dag waarop Aangeslotene volledig aan haar in dit bindend advies vastgestelde betalingsverplichting zal hebben voldaan. Consument vordert ook vergoeding van de kosten van juridische bijstand. Ten aanzien daarvan zoekt de Commissie conform

artikel 40.9 van haar reglement aansluiting bij het Liquidatietarief Rechtbanken en Gerechtshoven met een maximum van € 5.000. Omdat de vergoeding voor de proceshandelingen in de procedure bij de Commissie (indienen van klacht en repliek en bijwonen van de zitting) volgens het liquidatietarief op een hoger bedrag zou uitkomen dan het reglementaire maximum van € 5.000, stelt de Commissie de proceskostenvergoeding vast op € 5.000. Tevens dient Aangeslotene aan Consument te vergoeden de hem door Kifid in rekening gebrachte eigen bijdrage van € 50,-. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

5.11. 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 Aangeslotene binnen vier weken na dagtekening van dit advies, aan Consument vergoedt het bedrag van € 60.250,- vermeerderd met wettelijke rente vanaf 12 september 2008 tot aan de dag van algehele voldoening. Ook moet Aangeslotene Consument vergoeden diens eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht, zijnde € 50,-, en € 5000,- aan kosten voor rechtsbijstand. Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

Deze beslissing is vastgesteld op en genomen door fungeerde.

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.