

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-155 d.d.
22 mei 2015**

**(mr. J. Wortel, voorzitter, en mr. drs. R. Knopper en dr. R.Th.H. Willemsen RBA,
leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)**

Samenvatting

Adviesrelatie. Volgens de belegger had de bank niet de aankoop van de ING Groep N.V. Perpetual III mogen adviseren. Ook stelt de belegger dat de bank hem had moeten adviseren de perpetual te verkopen toen het duidelijk werd dat waarschijnlijk niet op de eerste calldatum zou worden afgelost. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat het advies tot aankoop ondeugdelijk was. Verder geldt in een adviesrelatie geen verplichting tot ongevraagd adviseren; het feit dat de belegger niet is geadviseerd te verkopen, levert daarom nog geen tekortschieten van de bank op. De vordering wordt afgewezen.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap Banque Artesia Nederland N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen de bank.

I. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening,
- de brief van consument met als bijlage onder meer het ondertekende klachtformulier, ontvangen op 7 januari 2014,
- het verweerschrift met bijlagen,
- de repliek met bijlagen,
- de dupliek en
- de pleitnotities van de bank.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen haar advies als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 15 januari 2015 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 In het najaar van 2007 heeft consument tijdens een bespreking met de bank gezegd dat hij vermogen wilde onderbrengen op een effectenrekening bij de bank.
- 2.2 Met het oog op het bepalen van zijn risicoprofiel heeft consument op 16 mei 2008 het volgende in een vragenlijst ingevuld:

“(…)

3 Vermogen

A: Hoeveel bedraagt uw totale vermogen? € 1.000.000 – 3.000.000

(…)

B: Hoeveel bedraagt uw vrij belegbaar vermogen? (…)

C: Welk percentage van uw vrij belegbaar vermogen belegt u bij GE Artesia Bank (…)

6 Ervaring

A: Sinds wanneer heeft u ervaring met middels beleggen en op welke wijze? Van 1980 tot heden (…)
middels vermogensbeheer
Van 1980 tot heden (…)
middels eigen beheer (execution only)

B: Hoeveel aan- en verkooporders heeft u de afgelopen jaren gemiddeld per jaar gedaan? Tussen 20 en 50

C: Hoe vaak wilt u aandacht besteden aan uw beleggingsportefeuille? Ongeveer éénmaal per week

7 Kennis

(…)

E: Hoeveel kennis heeft u van onderstaande beleggingsinstrumenten?

Individuele Aandelen Veel

Individuele Obligaties Veel

Gestructureerde producten Veel

Derivaten (zoals opties) Veel

Beleggingsfondsen Veel

(…)

8 Beleggingsdoelstelling

(…)

B: Bent u voor uw pensioen afhankelijk van uw vermogen? Ja, ik ben gedeeltelijk afhankelijk van dit vermogen voor mijn pensioen

C: Wat is de belangrijkste reden om te beleggen? Aanvulling op huidige inkomen

(…)

9 Beleggingshorizon

In hoeveel jaar wilt u uw beleggingsdoelstelling Tussen 10 en 15 jaar

(…)

Risico acceptatie

A: Hoe reageert u indien het gestelde Het is heel vervelend, maar u bent bereid dit

beleggingsdoel niet (volledig) wordtrisico te nemen.
gehaald?

B: Hoe reageert u indien de waarde van uw beleggingen in een periode van een jaar met meer dan 25% daalt?
(...)”

Het is heel vervelend, maar u bent bereid dit risico te nemen

2.3 In juni 2008 heeft consument voor een bedrag van € 500.000 perpetuele obligaties gekocht: voor € 190.000 de ING Groep N.V. Perpetual III (hierna: de ING Perpetual III) en voor € 300.000 8% de ING Group Perpetual IV (hierna: de ING Perpetual IV). De eerst mogelijke aflossingsdatum (de ‘calldatum’) van de ING Perpetual III was 30 juni 2014, die van de ING Perpetual IV 18 april 2013. De koers van de ING Perpetual III was bij aankoop ongeveer 75%.

2.4 Bij brief van 2 december 2009 heeft de bank aan consument geschreven:

“(…) Het afgelopen jaar heeft een zeer roerige beursperiode gekend. De uiteindelijke weg naar herstel zal nog vele pieken en dalen kennen. Vrijwel elke belegging is in negatieve zin geraakt (...), maar sinds maart 2009 lijken de markten de weg naar boven te hebben hervonden.

Toch willen wij u als belegger in achtergestelde perpetuele obligaties en/of Credit Linked Obligaties (kredietobligaties) opnieuw wijzen op de risico’s van deze beleggingen.

Perpetuele (eeuwigdurende) obligaties hebben een grotere gevoeligheid voor renteontwikkelingen in het algemeen alsmede een zeer grote gevoeligheid voor de kredietwaardigheid van de uitgevende instelling. Wanneer de uitgevende (financiële) instelling in de problemen dreigt te geraken (...), kan de couponbetaling opgeschort worden waardoor de koers van een dergelijke obligatie met tientallen procenten kan dalen. Bij een faillissement van de uitgevende instelling gaat veelal de volledige hoofdsom verloren. Echter ook bij een herstructurering met behulp van de overheid kan de hoofdsom (deels) verloren gaan.

(...)

De koersen van bovengenoemde perpetuele leningen en kredietobligaties hebben na een scherpe daling eind vorig jaar vanaf maart een indrukwekkend herstel laten zien. Ook is de verhandelbaarheid sindsdien sterk verbeterd (...).

In de onderstaande tabel vindt u een aantal perpetuele leningen en kredietobligaties met daarbij informatie over de kredietrating bij uitgifte, de koers ultimo februari 2009 alsmede de kredietrating en koers op dit moment. Op dit moment heeft u één of meerdere van deze financiële instrumenten in uw portefeuille.

De uiteindelijke gevolgen van de kredietcrisis voor deze obligaties zijn ook voor ons niet te voorspellen. Wij geven u daarom in overweging de risico’s in uw portefeuille te verminderen.

De huidige koers in combinatie met de voorheen ontvangen couponrentes biedt de mogelijkheid om met een beperkt verlies naar alternatieve beleggingen te kijken.

Om deze reden adviseren wij u om contact op te nemen met uw accountmanager, zodat deze samen met u kijkt of een mutatie in uw portefeuille passend is (...).

(...)

Perpetuele obligaties	Kredietrating Bij uitgifte	Kredietrating 30-11-09	Koers 27-02-09	Koers 30-11-09
-----------------------	-------------------------------	---------------------------	-------------------	-------------------

(...)

FL.R. ING Groep Perp.

Secs. III 2004	A-	BB	19,00	48,88
----------------	----	----	-------	-------

(...)”

- 2.5 Op 12 december 2011 heeft de bank aan consument gemaild:
“(...) Hierbij een persbericht zoals vanmorgen door ING uitgestuurd. Het heeft direct betrekking op jouw ING Perp III (...).
De details over het voorstel heb ik nog niet (...), dus ook niet wat er precies gebeurt indien je niet ingaat op het bod. Mijn ervaring is dat de lening dan minder liquide wordt, echter nog wel blijft bestaan.
(...) ING Group announced today the launch of three separate exchange offers in Europe and tender offers in the United States of America, on a total of seven series of subordinated securities of ING entities with a total nominal value of approximately EUR 5.8 billion (...).
(...)”
- 2.6 Op 13 december 2011 heeft de heer Zuidweg, werkzaam bij de bank, aan een collega gemaild:
“(...) De heer [X] belde naar aanleiding van de e-mail inzake omwisselingsaanbod Perp III ING. Dit was door MBW 's ochtends verstuurd.
(...) [X] gaf aan tevreden te zijn met het signaleren van de corporate action. Na het bestuderen van het bod heeft hij echter besloten niet tot omwisseling over te gaan. Hij gaf 3 redenen op:
- de 10 jaars rente is zeer laag (in zijn woorden te laag). Hij verwacht een stijging. Hierdoor verbetert het rendement en naar zijn mening dus ook de koers
 - Hij gaat er nog steeds van uit [dat] ING op eerste call datum tegen 100% zal aflossen
 - op basis van bovenstaande verwachtingen, in de wetenschap dat zijn aankoopkoers fors boven het omruil bod van 58% i.c.m. bovengenoemde redenen, houdt hij de perp iii aan.
- Hij gaf aan dat hij zich bewust was van de risico's van deze keuze, maar dat het zijn beslissing was. Hij gaf aan dat hij door zijn adviseur MBW regelmatig op de hoogte werd gehouden van de ontwikkelingen van de perps en dat zeer op prijs stelt. (...)”
- 2.7 Op 21 december 2011 heeft consument aan de bank gemaild:
“(...) just for the record, ik blijf in die ING perp III zitten, ik ruil niet om. (...)”
- 2.8 Op 18 juli 2012 heeft een gesprek tussen consument en de bank plaatsgevonden. Van dit gesprek heeft de bank een verslag overgelegd:
“Aanleiding voor de afspraak was in het bijzonder de risicowijziging van perpetuums van obligaties naar aandelen.
(...) [X] heeft 3 perps in portefeuille, te weten:
- 1) EUR 300.000 8% ING perp IV 2008
 - 2) EUR 700.000 FLR. ASR 2009
 - 3) EUR 175.000 ING III 2004
- Deze worden nu door GEAB als volgt gewaardeerd
- 1) 100% aandelen
 - 2) 50% aandelen
 - 3) 100% aandelen
- Dit heeft tot gevolg dat zijn 'aandelen'risico is verhoogd naar ca. 68% in portefeuille (offensief). Gezien profiel 'defensief' diende dit aan de orde te komen. Hij gaat erin mee en ziet bevestiging per brief tegemoet.
De risico's van de perps in zijn portefeuille zijn uitvoerig besproken. Hij is zich terdege bewust van de risico's, echter ziet de uitgevende financiële instellingen als stabiel. De ING IV perp zal naar zijn verwachting in april 2013 op 100% aflossen.
Om een vertrouw[en] wekkend signaal af te geven vermoedt cliënt zelfs dat ING de perpetuums III in 2014 zal aflossen op pari.
Actie – Bevestigingsbrief sturen naar cliënt wijziging risico profiel (...)”

- 2.9 Consument heeft de ING Perpetual III in tranches verkocht op 29 juni 2011, 14 mei 2012, 6 september 2012 en 26 november 2012.

3. Geschil

- 3.1. Consument vordert dat de bank wordt veroordeeld tot het vergoeden van schade, begroot op € 80.000. Aan deze vordering legt hij ten grondslag dat de bank hem de aankoop van de ING Perpetual III niet had behoren te adviseren. Verder is de bank volgens consument tekortgeschoten doordat zij, toen duidelijk werd dat de ING Perpetual III waarschijnlijk niet op de eerste calldatum zou worden afgelost, hem niet heeft geadviseerd deze obligatie te verkopen.
- 3.2 De bank heeft de stellingen van consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Ontvankelijkheid

- 4.1 Volgens de bank is consument niet-ontvankelijk ten aanzien van het eerste klachtonderdeel – over het advies tot aankoop – omdat dit advies in de procedure bij de Ombudsman niet aan de orde is gesteld. Dit verweer faalt. In het klachtformulier dat consument bij de Ombudsman heeft ingediend, wordt immers het in 2008 gegeven advies tot aankoop expliciet vermeld, namelijk met de woorden ‘Op uitdrukkelijk advies van Artesia “moest” ik óók € 200.000 beleggen in ING Perpetual III’. De klacht kan daarom redelijkerwijs in die zin worden begrepen dat ze ook betrekking heeft op het advies tot aankoop.

Aard van de rechtsverhouding

- 4.2 Vast staat dat tussen consument en de bank een adviesrelatie heeft bestaan. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger, desgewenst na verkregen advies, zelf beslist over het al dan niet uitvoeren van beleggingstransacties. Omdat de belegger in een adviesrelatie uiteindelijk zelf de beslissingen neemt, is hij in beginsel verantwoordelijk voor de gevolgen daarvan. Dit kan slechts anders zijn als vast komt te staan dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. Of de bank bij het adviseren van consument aan deze maatstaf heeft voldaan, is afhankelijk van verschillende omstandigheden, zoals zijn beleggingsdoelstelling en beleggingsprofiel en de weging van de verschillende vermogenswaarden in de portefeuille.

Eerste klachtonderdeel: het advies tot aankoop

- 4.3 Consument stelt dat het advies tot aankoop van de ING Perpetual III een ondeugdelijk advies is geweest. Ter onderbouwing stelt hij dat de bank hem heeft voorgehouden dat de aankoopkoers – ongeveer 75% – laag was, dat de obligatie waarschijnlijk op de eerst mogelijke calldatum in juni 2014 zou worden afgelost en dat de rente, die gekoppeld was aan de rente van tienjaars staatsobligaties, naar verwachting zou gaan stijgen. Consument stelt dat hij beter in de ING Perpetual IV had kunnen beleggen, omdat hij daarop aanzienlijk meer rente zou hebben ontvangen en deze obligatie wél op de eerste calldatum is afgelost.

- 4.4 De Commissie overweegt als volgt. Het is niet gebleken dat het advies tot aankoop van de ING Perpetual III in strijd was met het risicoprofiel van consument of dat consument ontoereikend is voorgelicht over de kenmerken en risico's van deze perpetual. Ook overigens is niet gebleken dat dit advies onverenigbaar was met hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur kan worden verwacht. Dit wordt niet anders door de stelling dat het advies mede was ingegeven door de aanname dat de perpetual waarschijnlijk in juni 2014 zou worden afgelost. Uit de eigen stellingen van consument blijkt immers ook dat de bank pas later, in de loop van 2011-2013, erop bedacht heeft kunnen zijn dat de perpetual niet op de eerste calldatum zou worden afgelost.

Tweede klachtonderdeel: geen advies tot verkopen

- 4.5 Volgens consument had de bank in de periode na aankoop, in het bijzonder in de jaren 2011-2013, hem erop moeten wijzen dat de ING Perpetual III waarschijnlijk niet op de eerste calldatum zou worden afgelost en daarom beter kon worden verkocht. Consument stelt dat de bank dit heeft nagelaten en daarmee toerekenbaar is tekortgeschoten.
- 4.6 In deze stelling kan consument niet worden gevolgd. Tussen partijen bestond een adviesrelatie, zodat voor de bank geen verplichting gold om consument ongevraagd te adviseren over de wenselijkheid van de verkoop van effecten in zijn portefeuille. Bovendien heeft consument onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij, als de bank hem zou hebben geadviseerd de ING Perpetual III te verkopen omdat die op de eerste calldatum waarschijnlijk niet zou worden afgelost, dit advies zou hebben opgevolgd. In de brief van 2 december 2009 is consument immers gewezen op de inmiddels aan het licht getreden risico's van perpetuums, maar consument heeft in deze waarschuwing geen aanleiding gezien voor het verkopen van de ING Perpetual III. Bovendien blijkt uit de e-mails van 13 december 2011 en 21 december 2011 en het gespreksverslag van 18 juli 2012 dat consument zich bewust was van de risico's van perpetuums en het koersrisico dat hij liep door het aanhouden van de ING Perpetual III.

Slotsom

- 4.7 Gezien het voorgaande leidt geen van de klachtonderdelen tot het toewijzen van schadevergoeding. De vordering van consument zal daarom worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht-1/4#stappen-plan.