Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-326 d.d. 13 november 2013
(mr. J.Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en R.H.G. Mijné leden en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

Consument baseert zijn vordering in hoofdzaak op de stelling dat het door Aangeslotene gegeven advies in perpetuele obligaties te beleggen voor Consument, gelet op zijn zeer defensieve risicoprofiel en beleggingsdoelstelling, niet passend was. Gelet op de omstandigheden van dit geval oordeelt de Commissie dat de door Aangeslotene geadviseerde perpetuele obligaties niet passend waren in de beleggingsportefeuille van Consument nu duidelijk vaststaat dat Consument wilde beleggen in veilige obligaties en het gegeven dat waardebehoud voor Consument belangrijker was dan het behalen van een hoog rendement.

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 met bijlagen, ontvangen op 7 februari 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.
Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 9 oktober 2013 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Tussen Consument en Aangeslotene bestond sinds 2004 een beleggingsrelatie op basis van advies. Op de beleggingsportefeuille was een zeer defensief risicoprofiel van toepassing met een asset allocatie van 90% vastrentend en 10% aandelen.

2.2. Per brief van 8 april 2004 heeft Aangeslotene Consument een beleggingsvoorstel gestuurd. Hierin zijn de volgende uitgangspunten opgenomen:

Te beleggen vermogen	€ 800.000,-
Beleggingsdoelstelling	Oudedagsvoorziening
Beleggingshorizon	U hanteert een middellange beleggingshorizon, hetgeen inhoudt een beleggingstermijn van 5-10 jaar
Inkomsten uit portefeuille	U bent afhankelijk van inkomsten uit uw beleggingen
Fiscale status	Beleggingen vinden plaats in X B.V.
Beleggingservaring	De risico's die gepaard gaan met beleggen in het algemeen en de verschillende beleggingscategorieën in het bijzonder zijn u bekend en vormen voor u geen belemmering
Bedieningsconcept	U kiest voor beleggingsadvies, wat betekent dat u te allen tijde eindverantwoordelijk blijft voor het resultaat. Ook moet uw beleggingsadviseur altijd uw persoonlijke toestemming hebben voordat wij een beurstransactie voor u kunnen realiseren
Overige	U wenst een belegging in obligaties

2.3. Op basis van deze uitgangspunten heeft Aangeslotene Consument geadviseerd te beleggen in een zeer defensieve portefeuille met de volgende samenstelling:

Vastrentende waarden	Obligaties	736.000,-	92%
	Beleggingsfondsen obligaties	64.000,-	8%
	Totaal	800.000,-	100%

2.4. Per brief van 21 mei 2004 heeft Aangeslotene de aangekondigde emissie van de ING perpetuele obligatie III (hierna: 'ING perpetual') onder de aandacht van Consument gebracht. In de brief was onder andere het volgende opgenomen:
"(…) De houder van deze obligatie heeft als voordeel dat hij steeds per drie maanden een nieuw rentepercentage krijgt gebaseerd op de 10-jaars staatsrendement vermeerderd met een opslag van 0,10% tot 0,30% (10-jaars staatsrendement thans 4,40%). Hierdoor kan deze obligatie worden gebruikt als alternatief voor de spaarrekening en/of kort lopende obligaties (renteverschil) en/of worden gebruikt als alternatief voor een deel van de lange kant van de obligatieportefeuille om hiermee renterisico te reduceren. (…)"

2.5. Op advies van Aangeslotene heeft Consument op 31 mei 2004 de ING perpetual aangekocht voor een bedrag van € 60.900,- nominaal.

2.6. Tijdens een gesprek tussen Consument en Aangeslotene op 18 oktober 2004 heeft Aangeslotene Consument de AXA perpetual geadviseerd. Op dezelfde datum heeft Consument deze obligatie aangekocht voor een bedrag van € 60.000,- nominaal.

2.7. Consument heeft uiteindelijk voor een bedrag van € 370.000,- belegd in obligaties, inclusief de hiervoor vermelde perpetuele obligaties.

2.8. Eind 2009 is ten aanzien van de perpetuele obligaties de vermogensadviesrelatie omgezet naar een execution only relatie.

2.9. De ING perpetual is door Consument verkocht voor een bedrag van € 35.322,- en de waarde van de AXA perpetual bedroeg bij indiening van de klacht bij de Commissie volgens Consument € 37.146,-. Het verlies op de perpetuele obligaties is door Consument begroot op een bedrag van in totaal € 51.582,-.

2.10. Per brief van 31 oktober 2011 heeft Consument een klacht bij Aangeslotene ingediend.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade als gevolg van het handelen van Aangeslotene. De schade bestaat uit het verschil tussen het feitelijke resultaat van de perpetuele obligaties en het fictieve resultaat indien in passende obligaties zou zijn belegd, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de datum van verkoop van de obligaties tot aan de dag der algehele vergoeding.

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

- De door Aangeslotene geadviseerde perpetuele obligaties waren niet passend bij de beleggingsdoelstelling (pensioen) en de zeer defensieve beleggingsportefeuille van Consument.
- Aangeslotene heeft Consument niet geïnformeerd over de specifieke risico's van de perpetuele obligaties. In geval van een indringende waarschuwing door Aangeslotene zou Consument de perpetuele obligaties niet hebben aangekocht.
- Aangeslotene heeft bij haar adviezen het vereiste van spreiding onvoldoende in acht genomen door uitsluitend zogenaamde 'financials' te adviseren.

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

4. Beoordeling

4.1. Alvorens de Commissie ingaat op de vordering van Consument, zal zij eerst het formele verweer van Aangeslotene beoordelen. Aangeslotene stelt zich op het standpunt dat Consument niet ontvankelijk is in zijn klacht omdat hij zijn klacht ingevolge artikel 6:89 BW niet binnen bekwame tijd nadat deze was ontstaan aan Aangeslotene heeft voorgelegd. In 2009 was Consument reeds op de hoogte van het koersverlies op de perpetuals en dus wist hij op dat moment dat deze naar zijn idee niet door Aangeslotene geadviseerd hadden mogen worden. Pas in oktober 2011 heeft Consument zijn klacht bij Aangeslotene ingediend. Als gevolg van dit tijdsverloop stelt Aangeslotene dat zij in haar bewijspositie is geschaad, aangezien het voor Aangeslotene niet meer mogelijk is om na te gaan wat er ten tijde van de aanschaf van de perpetuals en daarna door de beleggingsadviseur exact met Consument is besproken.

4.2. Consument stelt zich op het standpunt dat hij het koersverlies van de perpetuals in april 2009 met Aangeslotene heeft besproken, maar dat Aangeslotene hem op dat moment heeft gerustgesteld door hem mede te delen dat de koers van beide perpetuals weer zou herstellen. Aangeslotene adviseerde Consument niet tot verkoop van de perpetuals over te gaan. Hierbij is het volgens Consument van belang dat Aangeslotene Consument niet heeft medegedeeld dat haar advies om te beleggen in perpetuals niet juist was geweest. Consument is onvoldoende deskundig om de risico's van de perpetuals te kunnen inschatten, zodat hij ook op dat moment mocht vertrouwen op de juistheid van het advies van Aangeslotene. Uit het feit dat er sprake was van koersverlies behoefde Consument niet op te maken dat Aangeslotene haar zorgplicht had geschonden.

4.3. De Commissie acht het aannemelijk dat er in april 2009, naar aanleiding van het koersverlies op de perpetuals, een gesprek heeft plaatsgevonden tussen Consument

en Aangeslotene en dat Aangeslotene tijdens dit gesprek Consument geruststellende mededelingen heeft gedaan over herstel van de koers van de perpetuals. Om deze reden was er voor Consument geen aanleiding een formele klacht bij Aangeslotene in te dienen. Daarnaast stelt de Commissie vast dat in 2009 de beleggingsrelatie tussen Aangeslotene en Consument met betrekking tot de perpetuals is omgezet van een adviesrelatie naar een execution-only relatie. De overige obligaties van de beleggingsportefeuille zijn op dat moment verkocht en de opbrengst hiervan heeft Consument, op advies van Aangeslotene, in een nieuwe beleggingsportefeuille belegd. Consument betoogt dat hem destijds niet is duidelijk gemaakt waarom de relatie is omgezet naar 'execution only' en de perpetuals in de oude beleggingsportefeuille moesten achterblijven. De Commissie maakt uit de wederzijds betrokken stellingen op, dat Aangeslotene tot omzetting van de relatie naar execution only met afzonderlijke registratie van de belegging in de perpetuele obligaties heeft besloten, omdat die belegging naar haar oordeel niet (langer) binnen de beleggingsdoelstellingen paste. Aan het antwoord op de vraag of Aangeslotene omtrent deze wijziging voldoende duidelijkheid aan Consument heeft verschaft, komt in verband met het hierna overwogene geen zelfstandig belang toe. Voorts oordeelt de Commissie dat het enkele feit dat de perpetuals in waarde waren gedaald voor Consument geen aanleiding was om aan te nemen dat er sprake was van een tekortkoming aan de zijde van Aangeslotene jegens Consument. Het voorgaande leidt ertoe dat het formele verweer van Aangeslotene door de Commissie wordt verworpen en dat zij de klacht inhoudelijk kan behandelen.

4.4. De (rechts)verhouding tussen partijen is een adviesrelatie. In een adviesrelatie is de beslissing over elke individuele beleggingshandeling aan de belegger, zodat ook de verantwoordelijkheid voor de gevolgen van die beleggingshandelingen bij de belegger blijft. Dit is slechts anders indien komt vast te staan dat de belegger zijn beslissing heeft genomen op basis van een door de beleggingsadviseur gegeven advies dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur in de gegeven omstandigheden niet had mogen geven.

4.5. Consument baseert zijn vordering in hoofdzaak op de stelling dat het door Aangeslotene gegeven advies in perpetuele obligaties te beleggen voor Consument, gelet op zijn zeer defensieve risicoprofiel en beleggingsdoelstelling, niet passend was.

4.6. Aangeslotene verweert zich hiertegen met de stelling dat de perpetuele obligaties wel passend waren in de beleggingsportefeuille van Consument. Binnen een defensieve beleggingsportefeuille acht Aangeslotene een aandeel van 30% van het vastrentende deel in perpetuele obligaties acceptabel. Tot eind 2009 bedroeg het nominale bedrag aan perpetuals afgerond € 121.000,- op een totaal nominaal bedrag aan obligaties van € 370.000,-. Daarmee heeft Aangeslotene een veilige marge aangehouden. Voorts stelt Aangeslotene dat zij op 8 april 2004 een beleggingsvoorstel heeft uitgebracht voor een te beleggen bedrag van € 800.000,-. en dat het percentage perpetuals derhalve slechts 15,5% van het totaal te beleggen bedrag bedroeg. Dat Consument om hem moverende redenen voor slechts een bedrag van € 370.000,- heeft belegd, doet hier volgens Aangeslotene niet aan af.

4.7. Tussen partijen staat vast dat met betrekking tot de beleggingen van Consument een zeer defensief risicoprofiel van toepassing was. Naar vaste rechtspraak van de Commissie dient ten aanzien van een belegger met een defensief profiel als richtsnoer worden aangehouden, dat het vastrentende deel van de portefeuille voor ten hoogste 30% mag bestaan in obligaties die de belegger blootstellen aan min of meer aanmerkelijke koersrisico's, zoals perpetuele obligaties. 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 genoemde richtsnoer zal in een concreet geval uiteindelijk afhangen van alle omstandigheden.

4.8. De Commissie gaat uit van een belegd vermogen van € 370.000,- waarvan € 120.900,- is belegd in perpetuals. Gelet op de omstandigheden van dit geval oordeelt de Commissie dat de door Aangeslotene geadviseerde perpetuals in deze omvang niet passend waren in de beleggingsportefeuille van Consument nu duidelijk vaststaat dat Consument wilde beleggen in veilige obligaties en het gegeven dat waardebehoud voor Consument belangrijker was dan het behalen van een hoog rendement. Daarnaast heeft Aangeslotene in haar informatieverstrekking richting Consument omtrent de ING perpetual ten onrechte opgenomen dat deze obligatie kan worden beschouwd als een alternatief voor een spaarrekening. Het voorgaande leidt ertoe dat het advies van Aangeslotene een advies is dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur in de gegeven omstandigheden niet had mogen geven.

4.9. Gelet op het voorgaande oordeelt de Commissie dat er sprake is van een tekortkoming aan de zijde van Aangeslotene jegens Consument. Deze tekortkoming brengt met zich mee dat de door Consument geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt.

4.10. Omtrent de te vergoeden schade overweegt de Commissie als volgt. Door Consument is gesteld dat hij bij indiening van zijn klacht bij de Geschillencommissie een verlies op de perpetuals had geleden van € 26.353,- respectievelijk € 25.229,-, zijnde tezamen € 51.582,-. De Commissie neemt deze bedragen tot uitgangspunt en zal hierop enige correcties aanbrengen voor in de initiële investeringen begrepen bedragen voor agio, meegekochte rente en aankoopkosten en voor een rendement dat op vervangende investeringen zou zijn behaald. Hierbij neemt de Commissie ook in aanmerking dat, zoals Consument ter zitting stelde, bij verkoop van de ING perpetual de opbrengst ad € 35.322,- gestort kon worden op een 4% middellange lening van ING. Deze correcties zullen door de Commissie begroot worden.

4.11. Door zowel Consument als Aangeslotene wordt gesproken over een relevante portefeuilleomvang van € 370.000,-; de nominale investering in perpetuals bedraagt € 120.900,-, zijnde 32,7% van de portefeuille. Zoals hiervoor onder 4.7. is besproken is het vaste jurisprudentie van de Commissie dat maximaal 30% van de portefeuille geïnvesteerd kan worden in meer risicovolle producten, zoals perpetuals. De Commissie stelt voor de schadeberekening in de onderhavige situatie de te hoge investering in perpetuals naar billijkheid vast op 5%. Dit betekent dat van het geleden verlies voor rekening van Aangeslotene komt 5/32,7 van € 51.582,-, zijnde € 7.887,-, te verminderen met een bedrag voor de hierboven genoemde componenten hetgeen door de Commissie naar billijkheid wordt begroot op € 2.887,-, zodat Aangeslotene

aan Consument dient te vergoeden een bedrag van € 5.000,-. Hierover dient, zoals gevorderd door Consument, wettelijke rente vergoed te worden vanaf 23 december 2011 tot aan de dag van algehele vergoeding. Voorts zal Aangeslotene ook de bijdrage van Consument in de kosten van dit geding ad € 50,- dienen te vergoeden.

4.12. 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 € 5.000,-, vermeerderd met wettelijke rente vanaf 23 december 2011 tot aan de dag van algehele voldoening. Ook moet Aangeslotene Consument vergoeden diens eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht, zijnde € 50,-.

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.