Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-108 d.d. 4 april 2013
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, de heer H. Mik RA en de heer J.C. Buiter, leden en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

Consument had in 2009, na verkoop van de perpetuele obligaties, kennis genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen van de feiten waarop het geschil betrekking heeft. Desondanks heeft hij eerst per brief van 6 april 2011 zijn klacht bij Aangeslotene ingediend. Daarmee is de in artikel 10.1 sub a Reglement genoemde termijn ruimschoots overschreden. De stelling van Consument dat hij tot 2011onwetend was over de (juridische) mogelijkheden voor het indienen van een klacht bij Aangeslotene wordt door de Commissie verworpen. Het ligt immers, zelfs afgezien van voorlichting daarover, voor de hand dat men een klacht kan indienen bij een dienstverlener over wie men niet tevreden is. Dit brengt mee dat Consument ingevolge het Reglement niet ontvankelijk is in zijn klacht. De Commissie komt niet toe aan een beoordeling van het verweer van Aangeslotene dat Consument zich op grond van artikel 6:89 BW niet binnen bekwame tijd heeft beklaagd. Hetzelfde geldt voor de inhoudelijke beoordeling van de klacht.

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 10 april 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene van 2 augustus 2012;
- de repliek van Consument van 30 augustus 2012;
- de dupliek van Aangeslotene van 5 oktober 2012;
- het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument met bijlagen van 27 november 2012;
- de pleitnota van de gemachtigde van Consument.

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 12 december 2012 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Tussen Consument en Aangeslotene bestaat sinds 2004 een beleggingsrelatie op basis van advies.

3.2. Naar aanleiding van een gesprek op 9 september 2005 heeft Aangeslotene Consument bij brief van 16 september 2005 een beleggingsvoorstel toegezonden. Aangeslotene heeft op de beleggingsportefeuille van Consument het risicoprofiel "Beperkt Risico Portefeuille" van toepassing verklaard. Dit betreft volgens Aangeslotene een zeer defensief profiel dat een asset allocatie kent van 90% vastrentende waarden en 10% aandelen/onroerend goed.

3.3. In het beleggingsvoorstel is onder andere het volgende opgenomen:
"(…) Financiële positie: wij gaan uit van een vermogen van EUR 2.700.000,- dat belegd wordt door X beheer BV.
Beleggingsdoel: Vanaf 2009 zal er per jaar een bedrag van € 61.675 beschikbaar moeten zijn om het (overbruggings) pensioen uit te kunnen keren. Vanaf 2013 dient een bedrag aanwezig te zijn aan ouderdomspensioen van per jaar € 46.641.
Bestaande effectenportefeuille: Het vermogen van de BV is op dit moment als volgt belegd:

Deutsche Postbank	*EUR 200.000*
Royal Bank of Scotland	*EUR 200.000*
Hoog Dividend Aandelen Fonds	*EUR 50.000*
ABN AMRO Best of World	*EUR 50.000(…)."*

"(…)Op basis van uw uitgangspunten, adviseren wij u te beleggen conform Beperkt Risico Portefeuille. Wij adviseren u daarom de beschikbare middelen als volgt te verdelen:

Aandelen	*€*	*200.000*
Obligaties	*€*	*1.800.000*
Liquiditeiten	*€*	*700.000(…)"*

3.4. Het obligatiedeel van het beleggingsvoorstel van 16 september 2005 zag er als volgt uit:

aantal/ nominaal	%	Obligaties	Rating S&P/ Moody	Coupon Datum	Cashflow Indicatie	Effectief Rendement (tot call)	Koers in %
200.000	3,25%	Nederland 2005-2015	AAA+/ Aaa	15 jul	6.500	3,00%	101,00%
100.000	3,25%	ABN AMRO 2005-2015	AAA/ Aaa	1 oct	3.250	3,25%	100,00%
200.000	4,00%	Goldman Sachs 2005-2015	A/ Aa3	2 feb	8.000	3,70%	102,00%
200.000	4,50%	Energie Oostenrijk	A+/ A	4 mrt	9.000	4,30%	102,00%

		2005-2025					
200.000	6,00%	Deutsche Postbk 2004-perp*	A3	23 dec	12.000	vast/variabel	104,00%
100.000	5,82%	Axa perp	A/	2 apr	11.640	variabel	103,00%
		2004-2009	A3				
200.000	5,50%	Royal Bank of Scotland 2004-perp*	A/ AA-	31 dec	11.000	5,00%	104,30%
200.000	4,105%	Danske Bank 2005-2015/18	AA-/ Aa2	16 mrt	8.200	3,90%	103.20%
100.000	6,50%	Ned Waterschap 2005-2035	AAA/ Aaa	17 feb	6.500	6,50%	99,60%
200.000	3,62%	ING Groep 2005-2015	A-/ A2	einde elk kwartaal	7.240	variabel	104,00%
				Totaal	**83.330**		

** Reeds in uw portefeuille aanwezig*

3.5. Bij de aankoop van zijn beleggingen is Consument afgeweken van het beleggingsvoorstel van Aangeslotene.

3.6. De beleggingsportefeuille van Consument zag er per 30 september 2005 als volgt uit:

Omschrijving		nominaal/	koers		waarde	
aantal			in Euro's			
3,25 % EMTN	ABN AMRO BANK 05/15	100.000,00		100,250 % EUR		100.250,00
5,823% FLRN	AXA 04/…-EMTN-	92.000,00		104,500 % EUR		96.140,00
6 % FLRN	DEUTSCHE POSTBANK 04	197.000,00		104,110 % EUR		205.096,70
3,64 % FLRN	ING GROEP 03/ .. (PER	186.000,00		104,200 % EUR		193.812,00
5,5 % NOTES	ROYAL BANK SCOTLAND 04	200.000,00		104,280 % EUR		208.560,00
AAND	BG-ING HOOG DIVIDEND	2.001,2134		27,61000EUR		55.253,50
SUBTOTAAL VERMOGEN						859.112,20
TOTAAL						859.112,20

3.7. De beleggingsportefeuille van Consument zag er per 31 december 2006 als volgt uit:

Omschrijving		nominaal/	koers		waarde
Aantal			in Euro's		
3,25 % EMTN	ABN AMRO BANK 05/15	100.000,00		94,405 % EUR	94.405,00
4,871% FLRN	AXA 04/…-EMTN-	92.000,00		89,750 % EUR	82.570,00
6 % FLRN	DEUTSCHE POSTBANK 04	197.000,00		86,900 % EUR	171.193,00
4,36 % FLRN	ING GROEP 03/ .. (PER	186.000,00		100,540 % EUR	187.004,40
5,5 % NOTES	ROYAL BANK SCOTLAND 04	200.000,00		101,500 % EUR	203.000,00
AAND	BG-ING HOOG DIVIDEND	2.287,4940	7	31,61000EUR	72.307,69
SUBTOTAAL VERMOGEN					810.480,09
TOTAAL					810.480,09

3.8. Op 14 november 2006 heeft Consument een e-mail naar Aangeslotene verzonden waarin het volgende is opgenomen:
"(…) Ik kan niet anders constateren dan dat na 2 jaar sprake is van een sterk negatief rendement.

In de adviezen die geleid hebben tot aankoop van de bewuste obligaties, is nimmer gewezen op de risico's cq mogelijke ontwikkelingen van deze individuele fondsen, zoals door jou toegelicht.
Indien deze risico's , zeker de mate waarin, mij tevoren onder de aandacht gebracht waren, dan had ik nooit belegd in individuele perpetuele fondsen, waarvan ik moet afwachten of die ooit afgelost gaan worden (…)"

3.9. In de eerste helft van 2009 heeft Consument op eigen initiatief de perpetuele obligaties van AXA, Deutsche Bank, ING Groep en Royal Bank of Scotland verkocht. De verkoopwaarde bedroeg € 149.000,00.

3.10. Bij brief van 6 april 2011 heeft de gemachtigde van Consument een klacht ingediend bij Aangeslotene en Aangeslotene aansprakelijk gesteld voor de door Consument geleden schade.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade welke door Consument wordt begroot op een bedrag van € 493.900,00, zijnde het koersverlies op de perpetuele obligaties verminderd met de ontvangen rente, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 3 juni 2009 tot de dag der algehele vergoeding.

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

- Aangeslotene heeft niet zorgvuldig, niet redelijk en niet vakbekwaam gehandeld.
- Aangeslotene heeft Consument niet gewaarschuwd voor het risicovolle karakter van de perpetuele obligaties, ondanks het feit dat Aangeslotene ervan op de hoogte was dat Consument geen ervaring had met beleggen.
- Gelet op de pensioendoelstelling had Aangeslotene Consument nooit perpetuele obligaties mogen adviseren.
- Aangeslotene heeft nagelaten Consument te wijzen op schadebeperkende maatregelen, alsmede op de noodzaak de beleggingsportefeuille te rebalancen.

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 partijen zich zowel in de schriftelijke fase van de procedure als ook ter zitting uitgebreid hebben uitgelaten over de ontvankelijkheid van de klacht van Consument. De Commissie zal derhalve eerst een oordeel geven over de ontvankelijkheid van de klacht van Consument.

5.2. Aangeslotene heeft gesteld dat op grond van artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd melding gemaakt moet worden van een klacht. Nu Consument eerst twee jaar na verkoop van de perpetuele obligaties en ruim zes jaar nadat het beleggingsadvies door Aangeslotene werd verstrekt een klacht heeft ingediend, heeft hij zich niet binnen bekwame tijd beklaagd, waardoor Consument geen aanspraak meer kan maken op een vergoeding. Tevens stelt Aangeslotene zich op het standpunt dat

Consument zich op grond van de artikelen 12 en 13 van de toenmalige Bankvoorwaarden, alsmede op grond van de klachtenprocedure van Aangeslotene, zo spoedig mogelijk, doch binnen een jaar had dienen te beklagen. Nu Consument de perpetuele obligaties in 2009 heeft verkocht en eerst in 2011een klacht bij Aangeslotene heeft ingediend, heeft hij niet aan deze termijn voldaan en dient zijn klacht ongegrond verklaard te worden. Voorts stelt Aangeslotene zich op het standpunt dat Consument in november 2006 enkel zijn onvrede heeft geuit over het tegenvallende koersverloop en hij op dat moment geen officiële klacht en/of een verzoek tot schadevergoeding heeft ingediend.

5.3. Consument heeft naar voren gebracht dat hij, anders dan Aangeslotene stelt, bij e-mail van 14 november 2006 niet enkel zijn onvrede heeft geuit over het tegenvallende koersverloop, maar dat hij heeft aangegeven dat het van meet af aan de opzet is geweest via een beperkte risicoportefeuille ten behoeve van de oudedagvoorziening te beleggen, dat Aangeslotene hem nimmer heeft gewezen op de risico's en dat indien Consument deze risico's tevoren onder de aandacht zouden zijn gebracht, hij nooit in deze fondsen zou hebben belegd. Consument heeft dan ook tijdig op voor Aangeslotene voldoende kenbare wijze geklaagd. Verder heeft Consument gesteld dat Aangeslotene stelt noch bewijst dat zij in haar belangen zou zijn geschaad, terwijl dit wel bepalend is bij de beantwoording van de vraag of Aangeslotene een beroep op artikel 6:89 BW toekomt. Volgens Consument is Aangeslotene niet in haar belangen geschaad omdat er voldoende schriftelijke informatie voorhanden is om de klacht van Consument inhoudelijk te behandelen. Het beroep van Aangeslotene op artikel 6:89 BW moet dan ook worden afgewezen.

5.4. Ter zitting heeft Consument verklaard dat hij zich in 2006, toen hij zijn zorgen had geuit over het koersverlies van de perpetuele obligaties, niet realiseerde dat Aangeslotene fouten had gemaakt. Naar aanleiding van de reactie van Aangeslotene was hij voldoende gerustgesteld. Ook in 2009, toen Consument tot verkoop van de perpetuele obligaties overging, realiseerde Consument zich, naar eigen zeggen, niet dat Aangeslotene een onjuist advies had gegeven en dat de mogelijkheid bestond hierover bij Aangeslotene een klacht in te dienen. Pas nadat Consument in 2011 een krantenartikel had gelezen besefte hij dat hij over de gang van zaken een klacht bij Aangeslotene kon indienen.

5.5. De Commissie beschouwt de e-mail van Consument aan Aangeslotene van 14 november 2006 niet als een formeel bij Aangeslotene ingediende klacht. Consument heeft hierin slechts zijn zorgen geuit over het koersverloop van de perpetuele obligaties. Naar het oordeel van de Commissie had Consument op het moment dat hij overging tot verkoop van de perpetuele obligaties in 2009 kunnen en moeten beseffen dat het door Aangeslotene verstrekte advies naar zijn mening niet deugdelijk was geweest. Op dat moment was Consument immers op de hoogte van de eigenschappen en risico's van de perpetuele obligaties en van het feit dat deze niet passend waren bij zijn risicoprofiel en beleggingsdoeleinden. Eerst op 6 april 2011, ongeveer twee jaar later, heeft Consument hierover formeel bij Aangeslotene een klacht ingediend.

5.6. De Commissie stelt vast dat op onderhavig geschil het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna "het Reglement") van toepassing is nu de éénjaarstermijn ingevolge artikel 10.1 sub a van het Reglement reeds was verstreken op het moment dat het (nieuwe) Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening per 1 oktober 2011 in werking trad. Artikel 10 sub a van het Reglement luidt:
"De Geschillencommissie kan een verzoek tot Geschilbeslechting niet behandelen indien: meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop de Consument van de feiten waarop het Geschil betrekking heeft kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen en het tijdstip waarop de Klacht aan de Aangeslotene is voorgelegd tegen wie het verzoek tot geschilbeslechting zich richt ."

5.7. Gelet op het voorgaande stelt de Commissie vast dat Consument aldus in 2009, na verkoop van de perpetuele obligaties, kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen van de feiten waarop het geschil betrekking heeft, maar dat hij desondanks eerst per brief van 6 april 2011 zijn klacht bij Aangeslotene heeft ingediend. Daarmee is de in artikel 10.1 sub a Reglement genoemde termijn ruimschoots overschreden. De stelling van Consument dat hij tot 2011onwetend was over de (juridische) mogelijkheden voor het indienen van een klacht bij Aangeslotene wordt door de Commissie verworpen. Het ligt immers, zelfs afgezien van voorlichting daarover, voor de hand dat men een klacht kan indienen bij een dienstverlener over wie men niet tevreden is. Dit brengt mee dat de Commissie ingevolge het Reglement de klacht van Consument niet in behandeling kan nemen.

5.8. Gelet op de hierboven genoemde overwegingen concludeert de Commissie dat Consument ingevolge het Reglement niet ontvankelijk is in zijn klacht. Dit brengt mee dat de Commissie niet toekomt aan een beoordeling van het verweer van Aangeslotene dat Consument zich op grond van artikel 6:89 BW niet binnen bekwame tijd heeft beklaagd. Hetzelfde geldt voor de inhoudelijke beoordeling van de klacht.

6. Beslissing

De Commissie verklaart Consument niet ontvankelijk in zijn verzoek om klachtbehandeling.

Deze beslissing is vastgesteld op en genomen door de heer s 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.