Beslissing Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-141 d.d. 21 mei 2013
(mr. J. Wortel, voorzitter, H. Mik RA en J.C. Buiter, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

De B.V. heeft na advies van Aangeslotene € 50.000 nominaal aangeschaft in de ING Click Out Unlimited Fortis Note en verkocht tegen een koers van 8,38%. Consument vordert vergoeding van de geleden schade. De Commissie is van oordeel dat het verweer van Aangeslotene, dat Consument te laat heeft geklaagd, doel treft. Niet is voldaan aan het wettelijk vereiste dat binnen bekwame tijd na ontdekking van het gebrek moet zijn geprotesteerd en, gelet op de aard van het aan Aangeslotene gemaakte verwijt, is het aannemelijk dat zij door het tijdsverloop in haar verweermogelijkheden is beperkt. De Commissie verklaart Consument in haar verzoek om klachtbehandeling niet-ontvankelijk.

Consument,

tegen

Banque Artesia Nederland 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;
- de brief van Consument van 7 oktober 2011 met bijlagen;
- het door Consument ondertekende vragenformulier van 9 november 2011;
- de brief van Consument van 9 november 2011 met bijlagen;
- de brief van Consument van 6 februari 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- de brief van Consument van 13 november 2012;
- de brief van Aangeslotene van 20 november 2012.

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 31 oktober 2012 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Consument is na het overlijden van haar echtgenoot in 1999 enig bestuurder en aandeelhouder van de besloten vennootschap, "X" Beheer en Beleggingen (hierna: de B.V.) geworden. Deze B.V. is in 1992 opgericht. De doelomschrijving luidt volgens de statuten: "het verkrijgen en vervreemden, zowel in eigendom als genot, huren, verhuren, administreren, financieren en exploiteren van onroerende zaken en vermogenswaarden van welke aard ook".

2.2. De B.V. belegde op adviesbasis bij "Y" B.V. Aangeslotene heeft de cliëntenportefeuille van "Y" B.V. in 2005 overgenomen. Op 20 juli 2005 heeft Consument namens de B.V. een "Cliëntovereenkomst Private Banking" met Aangeslotene getekend. Nadien is de bestaande portefeuille naar Aangeslotene overgeboekt.

2.3. Vanaf oktober 2006 heeft Consument via internetbankieren de mogelijkheid om online rekeninginformatie en portefeuilleoverzichten in te zien.

2.4. Op 4 mei 2007 heeft de B.V. na een daartoe strekkend telefonisch advies van Aangeslotene € 50.000 nominaal aangeschaft in de ING Click Out Unlimited Fortis Note (hierna: de Note). Dit is een product met een maximale looptijd van vier jaar waarvan de aflossingsvoorwaarden en hoofdsombescherming gekoppeld zijn aan de koers ontwikkeling van het aandeel Fortis. De hoofdsombescherming valt geheel weg zodra de koers van het aandeel Fortis gedurende de looptijd van de note lager noteert dan 70% van de waarde van het aandeel Fortis op het moment van introductie van de note. Op 8 november 2007 doorbreekt het aandeel Fortis deze ondergrens van 70% van de startwaarde.

2.5. Uit de halfjaarlijks verstrekte portefeuilleoverzichten blijkt het navolgende koersverloop van de Note:

29 juni 2007	94,60%
31 december 2007	61,90%
30 juni 2008	35,05%
31 december 2008	1,97%
30 juni 2009	7,24%
31 december 2009	8,80%

2.6. Naar aanleiding van het portefeuille-overzicht van 30 juni 2008 heeft Consument contact opgenomen met Aangeslotene. Aangeslotene heeft Consument tijdens een gesprek nader geïnformeerd over de kenmerken van de Note.

2.7. Aangeslotene heeft naar aanleiding van een wijziging in de Wet op het Financieel Toezicht de B.V. in september 2007 verzocht een " MiFID-vragenlijst" in te vullen. De B.V. heeft niet aan dit verzoek voldaan, ook niet na daaraan te zijn herinnerd. Aangeslotene heeft de B.V. op 20 mei 2009 een brief gezonden waarin staat dat zij als gevolg van het niet verstrekken van de gevraagde en op het initieel gegeven aanvullende informatie de adviesrelatie omzet naar een 'execution only' relatie.

2.8. De B.V. heeft de Note op 8 februari 2010 verkocht tegen een koers van 8,38%.

2.9. Consument heeft zich bij brief van 16 december 2010 bij Aangeslotene beklaagd. Na afwijzing van de klacht door Aangeslotene heeft Consument zich tot de Ombudsman Financiële Dienstverlening gewend. Gedurende de procedure bij de Ombudsman

heeft Aangeslotene Consument een schikkingsvoorstel gedaan ten bedrage van € 7.698, dat Consument heeft afgewezen.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert vergoeding van de geleden schade, door haar begroot op een bedrag van € 31.310. Dit bedrag bestaat uit het verschil in waarde van de Note tussen het moment van aanschaf en de waarde ervan op 8 november 2008, toen de buffer werd doorbroken.

3.2. Deze vordering steunt kort en zakelijk op de volgende grondslag. Aangeslotene is toerekenbaar tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens Consument, door haar niet tijdig te waarschuwen tegen de aanstaande doorbreking van de 30% buffer van de Note. Indien Aangeslotene had gehandeld zoals van haar mocht worden verwacht en zij Consument voor 7 november 2007, de datum dat de Note door de buffer zakte, had geïnformeerd over de gang van zaken bij Fortis, dan had Consument de Note tijdig ter verkoop kunnen aanbieden en daarmee haar kapitaal veilig gesteld.

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. Aangeslotene heeft primair gesteld dat Consument niet ontvankelijk is in haar klacht. Aangeslotene heeft daartoe aangevoerd dat zij geen contractuele relatie heeft met Consument maar met de B.V. en voorts dat voor zover gesteld kan worden dat Consument optreedt namens de B.V. de Commissie niet bevoegd is van de klacht kennis te nemen. Subsidiair stelt Aangeslotene dat Consument te laat heeft geklaagd.

4.2. De Commissie is van oordeel dat het laatstgenoemde verweer van Aangeslotene doel treft. Vast staat immers dat Consument in ieder geval medio 2008 heeft kunnen waarnemen welke gevolgen de ontwikkelingen bij Fortis hadden voor de waarde van de Note, en in februari 2010, na het verkopen van de Note, bekend was met het daadwerkelijk geleden verlies. Nu de klacht eerst in december 2010, bijna 10 maanden na verkoop van de Note, aan Aangeslotene is voorgelegd, is niet voldaan aan het wettelijk vereiste dat binnen bekwame tijd na ontdekking van het gebrek moet zijn geprotesteerd. Voorts is, gelet op de aard van het aan Aangeslotene gemaakte verwijt, aannemelijk dat zij door het tijdsverloop in haar verweermogelijkheden is beperkt. De persoonlijke omstandigheden waarop Consument ter zitting heeft gewezen zijn weliswaar begrijpelijk en onbestreden gebleven, maar gelet op het feit dat Aangeslotene daar buiten staat, kunnen die niet tot een ander oordeel leiden.

4.3. Gelet op het voorgaande concludeert de Commissie dat Consument in haar verzoek om klachtbehandeling niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Aan de inhoudelijke beoordeling van het geschil komt de Commissie dan ook niet toe.

5. Beslissing

De Commissie verklaart Consument niet-ontvankelijk in haar verzoek om geschilbeslechting.

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.