Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-357 d.d. 9 december 2013
(prof.mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, prof.mr. C.E. du Perron en J.C. Buiter, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

Adviesrelatie. Partijen verschillen van mening of de portefeuille aan het zeer defensieve profiel heeft voldaan. De Commissie is van oordeel dat de portefeuille op enige momenten een teveel aan producten bevatte waarvan de specifieke eigenschappen meebrachten dat sprake kon zijn van risico's die onder bepaalde omstandigheden niet onderdoen voor het risico dat verbonden is aan zakelijke waarden. Alhoewel de Commissie het in beginsel voorstelbaar acht dat deze overweging voor Consument tot schade heeft geleid, kan die schade niet met zekerheid aan een handelen of nalaten van Aangeslotene worden geweten. Consument heeft het aanwezig zijn van een zodanig verband niet in afdoende mate aannemelijk gemaakt. De vordering van Consument wordt afgewezen.

Consument,

tegen

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 door Consument ondertekende vragenformulier van 3 februari 2013;
- de brief van Consument van 4 februari 2013 met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- de pleitnota van Consument met bijlage;
- de nadere reactie van Consument;
- de nadere reactie van Aangeslotene.

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 25 september 2013 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Tussen de – op 12 september 2010 overleden – echtgenoot van Consument en Aangeslotene heeft een beleggingsrelatie bestaan.

2.2. Bij aanvang van deze relatie, rond het jaar 2000, bedroeg het saldo op zijn spaarrekening(en) circa € 1.000.000. Daarvan is op een later moment een gedeelte belegd.

2.3. In een op 30 december 2005 gedateerd Beleggingsprofiel is het volgende opgenomen:

	Vastrentend	Aandelen	
Beleggingsprofiel gekozen:	90%	10%	Beperkt Risico Profiel (zeer defensief)
Beleggingsprofiel berekend:	99%	1%	

2.4. In een op 31 december 2009 gedateerd Beleggingsprofiel, waarop als aard van de dienstverlening "Advies" staat vermeld, is voorts het volgende opgenomen:

	Vastrentend	Aandelen	
Beleggingsprofiel gekozen:	90%	10%	Beperkt Risico Profiel (zeer defensief)
Beleggingsprofiel berekend:	100%	0%	

2.5. In de portefeuille zijn in de loop der tijd verschillende producten opgenomen, waaronder, volgens de fondsenstaat van 31 december 2004 (toen in totaal voor € 621.900,11 belegd was):

6,5% NOTES ABN ANMRO BK 01/49-P
4,25% ABN AMRO BK 99/09 -A
5,5% EMTN BANK NED GEM 00/07
4,75% DSM 98/05
4,5% EMTN FORTIS FINANCE 04/14
4,5% NOTES FORTIS LUX FIN 04/12
3% ING BANK COCONOTE II
0% LIROP ING BANK COCONOTE I
6,25% ING BANK 96/06 ACHTG
FLRN ING GROEP 03/.. (PER
FLRN ING GROEP 04/.. -PER
5,75% EMTN PHILIPS ELECTRONICS
AAND BG-ING KROON OBL FON

De fondsenstaat van 31 december 2006 (toen in totaal voor € 564.352,89 belegd was) vermeldt onder meer de producten:

4,625% ABN AMRO BK 99/09 -A
5,5% EMTN BANK NED GEM 00/07
4,5% EMTN FORTIS FINANCE 04/14
4,5% NOTES FORTIS LUX FIN 04/12
4,36% FLRN ING GROEP 03/.. (PER
3,96% FLRN ING GROEP 04/.. (PER
5,75% EMTN PHILIPS ELECTRONICS

AAND BG-ING FIRST CLASS O
AAND BG-ING OPPORT OBLI F

De fondsenstaat van 31 december 2009 (toen in totaal voor € 380.842,02 belegd was) vermeldt de volgende producten:

4,5% notes FORTIS LUX FIN 04/12
4% flrn ING GROEP 03/.. -PERII-
3,6% flrn ING GROEP 04/.. -PERIII-
aand BG-ING FIRST CLASS OBL FONDS
aand BG-ING OPPORT OBLI FDS

2.6. Tussen partijen heeft op 15 oktober 2011 een gesprek plaatsgevonden.

2.7. Aangeslotene heeft Consument op 12 december 2011 twee brieven toegezonden. Deze hadden betrekking op de in haar portefeuille aanwezige ING Perpetual Securities II en III (op de hiervoor genoemde fondsenstaat vermeld als *FLRN ING GROEP 03/.. (PER* en *FLRN ING GROEP 04/.. –PER* met een nominale waarde van EUR 50.000 respectievelijk EUR 60.900). Aangeslotene schrijft in deze brieven dat Consument de mogelijkheid wordt geboden deze ING Groep N.V. obligaties om te wisselen in een nieuw uit te geven ING Bank N.V. obligatie. Daarbij is de omruilverhouding als volgt: "voor iedere EUR 100 nominaal biedt ING Groep 58% om te ruilen naar de nieuw uit te geven 4% ING Bank N.V. Senior lening".

2.8. Consument heeft Aangeslotene met haar brief van 20 december 2011 laten weten dit een keuze uit twee kwaden te vinden, namelijk:

"1. Een waardevermindering accepteren van 42% en mijn verlies nemen
2. Perpetuals aanhouden waarvan het rendement zeer laag is en de verhandelbaarheid door uw acties een stuk kleiner wordt met alle financiele risico's voor mij van dien. (…)
Onder protest maak ik een keuze voor het aanhouden van de perpetuals. Ik houd daarbij de ING aansprakelijk voor de zeer grote verliezen die ik lijd op deze, naar eerder oordeel van de ING, zogenaamde veilige beleggingen."

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert vergoeding van de geleden schade, begroot op circa € 48.500. Dit bedrag bestaat uit het koersverlies op de perpetuele ING obligaties (circa € 47.000) en de kosten van de procedure (begroot op € 1.500). Voorts vordert zij de gederfde (wettelijke) rente.

3.2. Consument legt aan deze vordering ten grondslag dat Aangeslotene haar zorgplicht jegens haar niet is nagekomen door een te offensief beleid te hebben gevoerd dat niet passend was bij de beleggingsdoelstelling (er was sprake van inkomens- en pensioendoelstelling hetgeen ook blijkt uit het vastgestelde defensieve profiel). Aangeslotene heeft onder andere perpetuele leningen en andere achtergestelde obligaties geadviseerd (er was geen sprake van een execution only relatie).
Voorts heeft Aangeslotene de echtgenoot van Consument destijds niet geïnformeerd over de daarbij behorende risico's. Door deze adviezen heeft forse schade kunnen ontstaan. Bovendien heeft de portefeuille voor 70% uit achtergestelde leningen bestaan.

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

4. Beoordeling

Klachtplicht ex artikel 6:89 BW

4.1.1. Aangeslotene stelt zich op het standpunt dat Consument niet ontvankelijk is in haar klacht omdat zij ingevolge artikel 6:89 BW de klacht niet binnen bekwame tijd nadat deze was ontstaan aan Aangeslotene heeft voorgelegd. Pas in december 2011 heeft Consument de klacht bij Aangeslotene ingediend terwijl deze ziet op de voorlichting over en aanschaf van effecten in 2003 en 2004. 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 en of zij Consument over deze transacties heeft geadviseerd.

4.1.2. Artikel 6:89 BW houdt in dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien deze niet binnen bekwame tijd, nadat deze het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Hierbij neemt de Commissie in ogenschouw – zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 r.o. 4.2.6 - dat ook van belang is of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt een belangrijke, maar, op zichzelf beschouwd, niet doorslaggevende factor bij de beoordeling of is voldaan aan de vereisten van artikel 6:89 BW.

4.1.3. De Commissie merkt op dat de aanleiding voor het indienen van de klacht voor Consument kennelijk gelegen was in het in december 2011 door ING Groep N.V. gedane omwisselvoorstel betreffende de twee perpetuele ING leningen die in 2003 en 2004 waren aangeschaft. Die aanleiding acht de Commissie een voor de hand liggende verklaring voor de duur van de periode welke gelegen is tussen de aanschaf van de betreffende effecten en het moment van klagen. Met Consument neemt de Commissie dan ook aan dat de verplichting tot klagen op grond van artikel 6:89 BW eerst na 11 december 2011 is ontstaan. Consument heeft vervolgens vlot nadat de aanleiding voor het indienen van de klacht was ontstaan ook daadwerkelijk haar beklag gedaan. Aldus is de factor tijd op zichzelf beschouwd geen reden om de klacht buiten behandeling te laten. Nu geen andere omstandigheden door Aangeslotene in dit verband zijn gesteld waardoor deze op onderhavig punt benadeeld is in haar bewijspositie treft naar het oordeel van de Commissie het beroep door Aangeslotene op art. 6:89 BW geen doel.

Informatie

4.2. Ter zitting is partijen te kennen gegeven dat de Commissie in het licht van de door partijen betrokken stellingen nadere informatie behoeft. Zij heeft partijen in de gelegenheid gesteld die aan haar te verstrekken en toe te lichten. Na ontvangst van

deze reacties is de Commissie overgegaan tot het opstellen van onderhavig bindend advies.

Aard van de relatie

4.3. Aangeslotene heeft vraagtekens geplaatst bij de aard van de tussen partijen geldende relatie. Zij heeft in dat kader gesteld dat niet expliciet een adviesrelatie overeen was gekomen en dat de hoogte van het percentage op de in rekening gebrachte provisie niet per se op een dergelijke relatie duidt. Consument heeft dit betwist en benadrukt dat er sprake was van een adviesrelatie. Dit blijkt te meer uit verscheidene brieven, (jaar)overzichten, gedane beleggingsvoorstellen en de - op de nota's zichtbare - in rekening gebrachte provisie, aldus Consument. Gelet op deze gemotiveerde betwisting door Consument van de stelling van Aangeslotene houdt de Commissie het ervoor dat sprake was van een adviesrelatie. Uitgangspunt van een adviesrelatie is dat een belegger zelf het beleggingsbeleid bepaalt en verantwoordelijk is voor aan- en verkoopbeslissingen en voor de samenstelling van de effectenportefeuille. Binnen een dergelijke adviesrelatie is de aansprakelijkheid van een financiële instelling als Aangeslotene in beginsel beperkt tot (de gevolgen van) adviezen die een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur in redelijkheid niet had mogen geven.

Profiel

4.4. De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet in het geding is dat het portefeuilleprofiel was bepaald op "zeer defensief", waarbij een verdeling van 90% vastrentende waarden en 10% aandelen gold. Partijen verschillen van mening of de portefeuille aan deze verdeling heeft voldaan of dat daarvan is afgeweken en of, indien dit laatste het geval is geweest, daardoor aan Aangeslotene toerekenbare schade voor Consument is ontstaan.

Te risicovolle effecten in de portefeuille

4.5. Consument heeft ten aanzien van de invulling van de portefeuille gesteld dat de inhoud van de portefeuille niet strookte met het profiel. Zo waren bepaalde stukken te risicovol (dan wel was de mate waarin zij daarin waren opgenomen te risicovol) en daarmee niet passend bij het zeer defensieve profiel.

4.6. De Commissie maakt uit de haar ter beschikking gestelde gegevens op dat de portefeuille op enige momenten een teveel aan producten bevatte waarvan de specifieke eigenschappen meebrachten dat sprake kon zijn van risico's die onder bepaalde omstandigheden niet onderdoen voor het risico dat verbonden is aan zakelijke waarden. Dit geldt met name voor de perpetuele achtergestelde ING leningen die de Commissie in dit geval naar redelijkheid voor de helft tot de zakelijke waarden rekent. De aanwezigheid van dit risico blijkt te meer uit het omwisselvoorstel van ING zelf. Immers, uit het feit dat het aanbod slechts 58% behelsde, volgt dat er voor een groot gedeelte sprake is van een risico dat niet bij vastrentende waarden past. Het feit dat over het algemeen een risico als zeer laag wordt ingeschat, zoals Aangeslotene heeft aangevoerd, is geen reden om aan dat risico voorbij te gaan. Gelet op het feit dat er ook andere als gedeeltelijk zakelijke waarden te kenschetsen effecten in de portefeuille aanwezig zijn geweest, zoals de belegging in de achtergestelde notes van ABN AMRO, is daarmee gegeven dat de

portefeuille niet voortdurend aan de profielgrens van 10% in de zakelijke waarden categorie heeft voldaan.

4.7. Alhoewel de Commissie het in beginsel voorstelbaar acht dat deze overweging voor Consument tot schade heeft geleid, kan die schade naar haar oordeel echter niet met zekerheid aan een handelen of nalaten van Aangeslotene worden geweten. Consument heeft het aanwezig zijn van een zodanig verband niet in afdoende mate aannemelijk gemaakt.
De Commissie dient het er derhalve voor te houden dat Consument onvoldoende heeft gesteld om van een met de profieloverschrijding in verband staande schade te kunnen spreken. Aangezien dit verband niet is komen vast te staan, kan de Commissie niet tot toewijzing van enige gevorderde schade komen.

4.8. Daar komt bij dat ten tijde van het indienen van de klacht geen sprake meer was van een profieloverschrijding. Het klachtonderdeel kan dan ook niet tot toewijzing van de vordering leiden. De klacht ten aanzien van de informatievoorziening deelt dit lot. Enige onzekerheid op dit punt is gelet op het overlijden van de vader van Consument niet meer weg te nemen, hetgeen naar redelijkheid niet aan Aangeslotene kan worden toegerekend.

4.9. Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot de conclusie dat de vordering van Consument moet worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering van Consument 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 kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.