Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-868
(mr. drs. S.F. van Merwijk, voorzitter, prof. dr. A. Buijs en J.C. Buiter, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 7 april 2016
Ingesteld door	: Consument
Tegen	: ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	: 22 december 2017
Aard uitspraak	: bindend advies

Samenvatting

Execution only. Obligaties worden gelicht uit de portefeuille van een belegger en vervolgens verkocht. Naar het oordeel van de Commissie kan de vordering tot het terugplaatsen van de obligaties in het effectendepot niet worden toegewezen. Wel toewijsbaar is de gevorderde vergoeding van de misgelopen tweede (faillissements)uitkering op de obligaties.

1. Procesverloop

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

- het ingevulde klachtformulier,
- de brief van de bank van 28 juni 2016,
- de brief van Consument van 21 november 2016,
- de e-mail van Consument van 24 november 2016,
- de brief van Consument van 1 januari 2017,
- de brief van de bank van 18 januari 2017,
- de brief van Consument van 25 februari 2017,
- de e-mail van de bank van 6 maart 2017,
- de e-mail van Consument van 18 maart 2017 en
- de brief van Consument van 13 augustus 2017.

De Commissie stelt vast dat partijen bindend advies aanvaarden en dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak zal daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument heeft in februari 2006 een cliëntenovereenkomst effectendienstverlening met de bank gesloten. Consument heeft vervolgens belegd op basis van execution only.

2.2 Tot de effectenportefeuille van Consument behoorden converteerbare obligaties uitgegeven door KPNQwest N.V. (hierna: KPNQwest) voor een nominaal bedrag van € 525.000 (hierna: de obligaties KPNQwest).

2.3 Het rekeningafschrift gedateerd 21 december 2010 van de effectenrekening van Consument vermeldt:

"(…)

Transactiedatum	Valutadatum	Omschrijving
20-12	20-12	Lichting effecten Voor u gelicht: nominaal 525.000,00 EUR 10% KPNQWest NV 02/15-3-12 – IN DEF – converteerbaar ISIN-code XS0143136488 (…)"

2.4 Op 30 december 2010 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) In het telefoongesprek van 22 december 2010 heeft u navraag gedaan over uw KPNQwest obligatie. (…)
Deze stukken zijn afgeboekt. U heeft hiervoor een opdracht gegeven. Later heeft u ons gevraagd om de stukken over te boeken naar de Rabobank. Rabobank heeft ons laten weten deze obligatie niet te accepteren voor overboeking. Wij kunnen uw verzoek niet voltooien.
De obligatie is inmiddels uit uw depot verwijderd. Mocht u het hier niet mee eens zijn dan kunt u mij dat laten weten (…). (…)"

2.5 De obligaties KPNQwest zijn in december 2011 door de bank verkocht voor een bedrag van € 4.692,50.

2.6 Op 24 juli 2014 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) Onlangs heeft u van ons een overzicht ontvangen van de transacties die u heeft gedaan in de obligatie KPNQwest. U heeft aangegeven dat de percentages niet correct zijn (…). Apart van deze brief ontvangt u een correct transactieoverzicht, waaruit blijkt dat u bij het faillissement van KPNQwest juridisch eigenaar was van de obligatie met ISIN XS0143136488.
(…)
Met het juiste transactieoverzicht dient u zich zelf tijdig aan te melden om in aanmerking te komen voor een eventuele uitbetaling. ING is hierin geen partij en meldt klanten dus niet aan voor eventuele claims die volgen na een faillissement. (…)"

2.7 Op 8 augustus 2014 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) In het telefoongesprek van 1 augustus 2014 heeft u aangegeven dat vrienden van u recent een vergoeding hebben ontvangen uit hun obligaties KPNQwest. U wilt graag weten of u ook een vergoeding ontvangt. (…)
Ik heb het voor u uitgezocht en het blijkt dat u hier al meerdere contact over heeft gehad met mijn collega (…). In zijn brief van 24 juli 2014 heeft hij aangegeven dat u zelf actie dient te ondernemen om eventueel een uitbetaling te ontvangen uit uw obligaties KPNQwest. De ING is hierin geen partij. Wij zien geen reden ons standpunt te wijzigen. (…)"

2.8 Op 25 november 2014 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) Met uw brief van 2 september 2014 maakt u bezwaar tegen het standpunt van onze afdeling Klantenservice, zoals laatst verwoord in de brief (…) van 8 augustus 2014. (…)
Uw verzoek
Op 20 december 2010 is uw positie van € 525.000 nominaal van de converteerbare obligatie 10% KPNQWest N.V. 02/15-03-12 (…) uit uw portefeuille gelicht. U geeft aan dat u daar nooit opdracht toe heeft gegeven. U geeft aan dat houders van betreffende obligatie aanspraak kunnen maken op een uitkering door de curator. U verzoekt de ING u medewerking te verlenen bij het incasseren van deze vergoeding.
Feiten
Nadat de obligatie uit uw portefeuille is gelicht, is deze (zoals te doen gebruikelijk) naar een depot van ING geboekt. Uit onderzoek is gebleken dat de obligatie een jaar later, in december 2011, door de ING is verkocht voor een bedrag van € 4.692,50. Dit bedrag zal binnenkort op uw Beleggersrekening (…) worden bijgeschreven. Aangezien de obligatie niet meer in uw bezit is, kunt u geen aanspraak maken op een eventuele vergoeding door de curator.
Uitkomst onderzoek
U geeft aan dat u nooit opdracht heeft gegeven om de obligatie uit uw portefeuille te lichten. We hebben niet met zekerheid kunnen vaststellen of u destijds wel of niet heeft ingestemd met het lichten van de obligatie uit uw portefeuille. Het is bij de ING echter vaste procedure dat effecten waarvan wordt verondersteld dat ze waardeloos zijn geworden, alleen uit de portefeuille van de betreffende klant worden geboekt, indien de klant daar schriftelijk toestemming voor heeft gegeven. Het is dus zeer onwaarschijnlijk dat de obligatie zonder uw instemming uit uw portefeuille is gelicht. (…)"

2.9 Consument heeft naar aanleiding van de verkoop van zijn obligaties KPNQwest een klacht ingediend bij Kifid. In die procedure heeft de Commissie in haar uitspraak van 24 november 2015 bepaald dat de bank aan Consument een schadevergoeding van € 26.674 moet betalen. De bank heeft hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak; in haar uitspraak van 21 september 2016 heeft de Commissie van Beroep de uitspraak van de Commissie in stand gelaten.

3. Vordering, klacht en verweer

3.1 Consument vordert dat de bank wordt veroordeeld tot het terugplaatsen van de verkochte obligaties KPNQwest in zijn effectendepot en tot het betalen van een vergoeding van € 31.326, bestaande uit de volgende schadeposten:

(a) een bedrag van € 6.786 dat verschuldigd is in verband met een door de bank verstrekt krediet en dat Consument door de verkoop van de obligaties niet heeft kunnen betalen;
(b) de tweede (faillissements)uitkering op de obligaties KPNQwest, die Consument is misgelopen door de verkoop van zijn obligaties en die wordt begroot op € 9.025;
(c) een vergoeding voor de tijd besteed aan procederen tegen de bank, begroot op € 2.000;
(d) advocaatkosten, geschat op een bedrag van € 2.000; en
(e) een vergoeding voor de toekomstige waarde van de obligaties KPNQwest.

3.2 Aan zijn vordering legt Consument ten grondslag dat de bank jegens hem toerekenbaar is tekortgeschoten door de obligaties KPNQwest zonder zijn toestemming uit zijn portefeuille te lichten en te verkopen.

3.3 De bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Beroep op niet-behandelbaarheid.

4.1 Volgens de bank kan de klacht niet worden behandeld omdat deze betrekking heeft op dezelfde feiten als de in 2.9 genoemde eerdere procedure bij de Commissie en Commissie van Beroep. De bank voert aan dat Consument reeds in die procedure had kunnen vorderen dat de obligaties KPNQwest in zijn effectendepot worden teruggeplaatst.

4.2 De Commissie overweegt als volgt. In het toepasselijke reglement staat in artikel 9.2 onder a dat reeds eerder behandelde klachten niet nogmaals worden behandeld. Die bepaling staat echter niet in de weg aan behandeling van de huidige klacht van Consument. In de voorgaande procedure heeft Consument in zijn brief van 6 februari 2015 geschreven 'Ik verzoek de Kifid de ING tot een schadeloosstelling te bewegen (…) en de KPNQwest obligaties van mij terug te plaatsen in een ING depot ten behoeve van mij'; in het klachtformulier heeft hij destijds echter alleen een vordering tot schadevergoeding vermeld. De Commissie is in haar uitspraak afgegaan op de omschrijving van de vordering in het klachtformulier – zonder dat Consument expliciet had bevestigd dat een beslissing op zijn vordering tot terugplaatsing van de obligaties achterwege kon blijven – en heeft daardoor alleen beslist op de vordering tot schadevergoeding. Gelet op deze gang van zaken behoort Consument alsnog gelegenheid te krijgen zijn vordering tot terugplaatsing van de obligaties aan de Commissie voor te leggen. Verder geldt voor de schadeposten in de huidige procedure (zie 3.1 onder (a) tot en met (e) hiervoor) dat die tijdens de voorgaande procedure nog niet of niet geheel waren ontstaan. Artikel 9.2 onder a van het reglement staat daarom niet in de weg aan behandeling van de huidige klacht.

De vordering tot terugplaatsen van de obligaties

4.3 De vordering tot terugplaatsen van de obligaties is niet toewijsbaar. In de voorgaande procedure is komen vast te staan dat de bank toerekenbaar is tekortgeschoten door de obligaties zonder afstandsverklaring van Consument te verkopen en dat zij de daardoor veroorzaakte schade moet vergoeden. De schade, afgezien van bijkomende schadeposten zoals kosten van rechtsbijstand en de aan procederen bestede tijd, bestaat uit het verlies dat is ontstaan doordat Consument in verband met zijn obligaties geen vordering in het faillissement van KPNQwest heeft kunnen indienen.

Die schade kan worden vergoed door een bedrag in geld, zodat het ontbreekt aan een grond om de bank te verplichten tot een verdergaande vorm van schadevergoeding zoals het terugplaatsen van obligaties in een effectendepot.

De vordering tot schadevergoeding

4.4 De Commissie zal hierna de door Consument opgevoerde schadeposten beoordelen.

Het bedrag van € 6.786, verschuldigd i.v.m. schuldpositie bij de bank

4.5 Consument vordert vergoeding van een bedrag van € 6.786 dat verschuldigd is geworden in verband met zijn 'schuldpositie rekeningen en credit card ING'. In zijn brief van 25 februari 2017 heeft hij vermeld dat deze schuldpositie verband houdt met een doorlopend krediet, een betaalrekening en een creditcard. De bank brengt hiertegen in dat het door Consument genoemde bedrag van € 6.786 niet juist is; volgens de bank betreft het een bedrag van € 5.434.

4.6 Naar het oordeel van de Commissie kan deze schadepost, ongeacht de precieze omvang daarvan, niet worden vergoed bij gebrek aan causaal verband met het tekortschieten van de bank. Tussen partijen staat immers vast dat het gaat om een schuldpositie uit hoofde van krediet. Het ontstaan van die schuldpositie is het gevolg van het afsluiten van een kredietovereenkomst en houdt geen rechtstreeks verband met de verkoop van de obligaties KPNQwest.

De tweede uitkering op de obligaties KPNQwest

4.7 Consument vordert vergoeding van de tweede (faillissements)uitkering op de obligaties KPNQwest van € 9.025, die hij als gevolg van de verkoop is misgelopen.

4.8 Tussen partijen is niet in geschil dat Consument, als de obligaties niet waren verkocht, een tweede uitkering van € 9.025 zou hebben ontvangen. Daarmee staat het bedrag van deze schadepost vast en ook dat dit deel van de schade is veroorzaakt door tekortschieten van de bank. Deze schadepost zal daarom worden toegewezen.

Vergoeding voor bestede tijd

4.9 Consument vordert een vergoeding voor de tijd die hij aan de klachtprocedure tegen de bank heeft besteed.

4.10 Voor dit klachttonderdeel is van belang dat op grond van artikel 6:96 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) een vergoeding kan worden toegekend als een procespartij in verband met een procedure kosten maakt voor de rechtsbijstand van een advocaat of andersoortige gemachtigde.

De tijd die Consument zelf aan de klachtprocedure heeft besteed, valt niet onder de kosten die volgens artikel 6:96 BW kunnen worden vergoed; het is immers niet is gebleken dat dit tot kosten heeft geleid en evenmin dat Consument door het besteden van die tijd inkomen heeft gederfd. Deze schadepost is daarom niet toewijsbaar.

Advocaatkosten

4.11 Consument heeft de gevorderde advocaatkosten onderbouwd door het overleggen van declaraties die hij van zijn advocaat heeft ontvangen.

4.12 De Commissie constateert dat deze advocaatkosten niet voor vergoeding in aanmerking komen. In procedures bij Kifid kunnen tijdens de procedure gemaakte kosten van rechtsbijstand worden vergoed – volgens het op de website van Kifid gepubliceerde liquidatietarief – maar daarvoor is vereist dat de rechtsbijstandverlener in de procedure als gemachtigde is opgetreden en proceshandelingen heeft verricht. In deze zaak is de advocaat van Consument echter niet als gemachtigde voor Consument opgetreden en zijn de processtukken door Consument zelf ingediend.

Vergoeding voor toekomstige waarde van de obligaties

4.13 Ten slotte vordert Consument een vergoeding voor de toekomstige waarde van de obligaties KPNQwest. Ter toelichting stelt hij dat de toekomstige waarde van de obligaties is af te leiden uit de verslagen van de curatoren van KPNQwest, onder meer uit de daarin vermelde opbrengst van de boedel en het bedrag van de schulden aan concurrente schuldeisers.

4.14 De Commissie overweegt dat uit het overgelegde verslag van de curatoren van KPNQwest van 20 juni 2016 – en uit de daarna gepubliceerde verslagen van de curatoren van 18 januari, 8 mei en 8 november 2017 – niet blijkt dat de obligaties KPNQwest enige waarde hebben anders dan de eventueel nog te ontvangen slotuitkering. Verder staat in het verslag van 8 november 2017 (onder het kopje ‘Korte toelichting per faillissement’) dat naar verwachting in het faillissement van KPNQwest een derde (slot)uitdeling zal plaatsvinden, maar het percentage daarvan wordt niet vermeld. Gelet daarop is deze schadepost niet toewijsbaar, omdat de omvang nog niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld.

Slotoverweging

4.15 Gezien het voorgaande zal een schadevergoeding van € 9.025 worden toegewezen en zal het meer of anders gevorderde worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie:

(a) beslist dat de bank, binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verzonden, een bedrag van € 9.025 aan Consument vergoedt; en

(b) wijst het meer of anders gevorderde af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het reglement.