Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2017-731
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter en mr. M.J.M. Fennis, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 8 oktober 2015
Ingediend door	: Consumenten
Tegen	: Nationale-Nederlanden Bank N.V., gevestigd te Den Haag, verder te noemen NN
Datum uitspraak	: 2 november 2017
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Consumenten doen hun beklag dat de bank verkeerde stukken heeft gekocht zonder dat daartoe opdracht is gegeven aan de bank. Aldus is er te behoudend belegd en vorderen Consumenten het gemist rendement. De Commissie is van oordeel dat Consumenten ex art. 6:89 BW te laat hebben geklaagd en wijst de klacht en de vordering af.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- de namens Consumenten ingediende klachtbrief;
- de aanvullende stukken van Consumenten;
- het verweerschrift van NN;
- de repliek van Consumenten;
- de dupliek van NN;
- de akte van NN na de hoorzitting;
- de akte van Consumenten na de hoorzitting;
- de verklaring van Consumenten met hun keuze voor niet-bindend advies.

De Commissie stelt vast dat Consumenten hebben gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 15 december 2016 en zijn aldaar verschenen.

Na de hoorzitting is NN verzocht een overzicht te verstrekken met daarin een berekening van de fictieve portefeuillewaarde per eind 2014. Consumenten hebben daar een tegenakte op genomen. Beide aktes zijn aan het procesdossier toegevoegd.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consumenten hebben in 2004 een hypothecaire lening van EUR 430.000,- afgesloten bij Nationale Nederlanden Levensverzekering Maatschappij N.V. De lening bestond uit een aflossingsvrij deel van EUR 215.000,- en uit ‘de Fondsenhypotheek’ ter grootte van EUR 215.000,-. Ter aflossing van de Fondsenhypotheek hebben Consumenten een ‘Fondsenhypotheek beleggingsrekening’ bij NN geopend, hierna ‘de beleggingsrekening’.

De beleggingsrekening is een overeenkomst op basis van execution only. Consumenten zouden maandelijks een bedrag inleggen van EUR 377,38.

2.2 Met behulp van hun adviseur De Hypotheekdesk te Oisterwijk hebben Consumenten een aanvraagformulier voor de beleggingsrekening ingevuld. Onderdeel van de aanvraag was een vragenformulier waarmee het beleggersprofiel kon worden vastgesteld. Het vragenformulier leidde tot een profiel 4 (van de vijf profielen), een gematigd offensief profiel met een lange beleggingshorizon en een verwacht rendement van toentertijd gemiddeld 8%. Bij profiel 4 passen beleggingen of past een portefeuille met een verdeling van 30% obligaties en 70% aandelen.

2.3 Consumenten hebben het formulier aan NN gezonden.

2.4 Consumenten hebben maandelijks het bedrag van EUR 377,38 op hun beleggingsrekening gestort. Voor Consumenten is vanaf 29 september 2004 maandelijks het fonds NN Mix Fund Plus II aangekocht. Het fonds NN Mix Fund Plus II bestond voor 60% uit obligaties, 10% vastgoed/obligaties en 30% aandelen. Het fonds NN Mix Fund Plus II is op enig moment omgezet in het ING Dynamic Fund II en bestaat uit 70% obligaties en 30% aandelen. Consumenten stellen dat zij van die omzetting niet op de hoogte zijn gebracht. Consumenten hebben maandelijks transactieoverzichten ontvangen waarop is te zien welk fonds voor Consumenten is aangekocht.

2.5 Op 30 oktober 2014 hebben Consumenten hun beklag gedaan dat het ING Dynamic Fund II niet bij hun profiel past. De assetallocatie van het ING Dynamic Fund II zou te behoudend zijn ten opzicht van hun profiel.

2.6 Consumenten stellen dat zij nimmer opdracht hebben gegeven tot aankoop van het NN Mix Fund Plus II, welk later is omgezet in het fonds ING Dynamic Fund II.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consumenten

3.1 Consumenten vorderen een bedrag van EUR 37.621,-

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Consumenten stellen dat NN de keuze voor de fondsen waarin is belegd heeft gemaakt en niet zij of hun adviseur opdracht heeft gegeven tot aankoop van de fondsen. Er is te behoudend belegd terwijl als er in het bij het profiel van Consumenten passende offensievere fonds, het verwacht rendement 8% zou zijn geweest in plaats van 4%. Consumenten vorderen dat het gemist rendement als schade door NN aan hen worden vergoed.

Verweer van NN

3.3 NN heeft de stellingen van Consumenten gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1 Het meest verstrekkende verweer van NN is dat zij zich op het standpunt stelt dat Consumenten de klacht eerder hadden moeten indienen en te laat hebben geklaagd. Consumenten hebben aldus hun recht tot het instellen van een vordering ex art 6:89 BW verwerkt.

4.2 Die stelling kan slechts slagen indien aannemelijk is dat NN door het tijdsverloop onevenredig nadeel heeft ondervonden. Vergelijk HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497.

4.3 NN heeft verder uiteengezet dat sinds september 2004 de stukken in het fonds zijn aangekocht. NN heeft in de periode van september 2004 tot oktober 2014, het moment van klagen van Consumenten, 120 afschriften aan Consumenten gezonden waaruit blijkt van de aankoop in het Mix Fund II en later Dynamic Fund II.

4.4 De Commissie is van oordeel dat het uitgangspunt in een execution only relatie is dat een belegger zelf verantwoordelijk is voor de samenstelling van de portefeuille. Die verantwoordelijk brengt met zich dat een belegger ook tijdig dient te onderzoeken of de prestatie die de bank levert, overeenstemt met de wens of opdracht van de belegger en als dat niet zo is, de bank daarover direct mededeling doet.

4.5 Door eerst in oktober 2014 hun beklag te doen dat NN bij aanvang van de overeenkomst een fout heeft gemaakt, zijn Consumenten te laat. Vanaf september 2004 hebben Consumenten op betrekkelijk eenvoudige wijze kunnen controleren of de aankoop in het fonds conform hun opdracht of in overeenstemming met hun profiel was. Daarbij komt dat NN door het tijdsverloop in de onmogelijke situatie is gebracht dat zij niet meer kan achterhalen of er in 2004 daadwerkelijk een fout door NN is gemaakt. Voorts hebben Consument door te laat te klagen, NN, voor zover er al van verwijtbaar handelen sprake zou zijn, NN de mogelijkheid ontnomen tijdig de schade te beperken door de situatie te herstellen en de portefeuille op de door Consumenten gewenste wijze aan te passen en risicovoller te beleggen.

4.6 De Commissie is van oordeel dat Consumenten zonder gegronde reden te veel tijd hebben laten verstrijken voordat zij hun klacht aan NN hebben voorgelegd en daarom niet hebben voldaan aan de plicht tijdig te klagen conform het vereiste van art. 6:89 BW. NN heeft daarbij voldoende aannemelijk dat NN door dit tijdsverloop is benadeeld, zodat dit verweer slaagt en de Commissie niet toekomt aan een verdere beoordeling van de klacht.

5. Beslissing

De Commissie wijst de klacht en de vordering af.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

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 40 van het Reglement.