Tussenuitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-455 (mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, J.C. Buiter, drs. L.B. Lauwaars RA, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 21 april 2016
Ingediend door	: Consumenten
Tegen	: ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	: 6 juni 2018
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Tussenuitspraak. Consumenten zijn ontoereikend voorgelicht over de kenmerken en risico's van perpetuals. Beroep op verjaring en artikel 6:89 BW verworpen.

1. Procesverloop

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

- de brief van de gemachtigde van Consumenten van 20 april 2016,
- de brief van de gemachtigde van Consumenten van 4 november 2016,
- het verweerschrift,
- de repliek,
- de brief van de gemachtigde van Consumenten van 30 november 2017 en
- de pleitnota van Consumenten.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 7 december 2017 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 [Consument 1] en[Consument 2] hebben een effectenportefeuille aangehouden op een gezamenlijke rekening bij de bank (hierna: de privéportefeuille).

2.2 Consumenten beiden bestuurder van [BV] en [Consument 1] is enig aandeelhouder van deze vennootschap. [BV] heeft ook een effectenportefeuille aangehouden op een rekening bij de bank.

2.3 In februari 2005 heeft de heer [Naam werknemer bank], beleggingsadviseur in dienst van de bank, Consument 1 gewezen op de mogelijkheid van het kopen van perpetuele obligaties uitgegeven door de Bank of Ireland (hierna: BI Perpetuals). De bank heeft vervolgens op 25 februari 2005 ten behoeve van [BV] voor een nominaal bedrag van € 100.000 obligaties BI Perpetuals gekocht. Verder heeft de bank, ook in februari 2005, voor een nominaal bedrag van € 50.000 BI Perpetuals gekocht ten behoeve van de privéportefeuille.

2.4 Bij brief van 26 oktober 2009 heeft Consument 1 aan de bank geschreven:

"(…) 1 Tijdens het gesprek (…) op 9 oktober jl. verzocht u ons onze onvrede (…) op papier te zetten (…). (…)
2 (..) [ik] houd mijzelf niet zeer actief bezig met de belegging van de gelden van (…) [BV] (…). Daar heb ik geen tijd voor en ook geen affiniteit mee. Hetzelfde geldt overigens voor mijn echtgenote. In overleg met de bank is daarom voor [BV] gekozen voor een gespreide aandelenportefeuille. Om daarnaast de nodige zekerheid in het vermogen in te bouwen is steeds een deel van het vermogen in obligaties belegd. De bank hanteert voor [BV] als gekozen beleggingsprofiel het Groei Profiel, 30% obligaties en 70% aandelen.
3 Op of kort voor 25 februari 2005 heeft (…) [Naam werknerm bank] (…) mij gewezen op de mogelijkheid om (…) perpetuals van de Bank of Ireland, te kopen. De bank heeft vervolgens op 25 februari 2005 voor [BV] nominaal 100.000 EUR obligaties 6,25% Bank of Ireland Cap/05 (…) gekocht tegen een koers van 100,90% en nominaal 50.000 EUR van dezelfde obligaties voor mij en mijn echtgenote privé. Ten tijde van de opdracht meende ik dat het hier ging om gewone, en niet om achtergestelde obligaties. Ik heb nooit achtergestelde obligaties willen kopen, en dat heb ik, vóór 2005, ook al (mondeling) aan de heer [Naam werknemer bank] laten weten. Uit de aanduiding van de Ierse obligaties op de (…) couponrenteafrekeningen en fondsenstaten viel aanvankelijk ook op geen enkele manier af te leiden dat het ging om achtergestelde obligaties. Pas later is op de fondsenstaten en couponrenteafrekeningen bij de obligaties "achtg" vermeld. De bank heeft, naar wij inmiddels hebben begrepen, achtergestelde obligaties gekocht zonder ons te informeren over de achterstelling.
4 Thans is gebleken dat deze obligaties geheel ongeschikt zijn om de nodige zekerheid in het vermogen in te bouwen. De koers ervan volgt min of meer de inzinkingen van de aandelenkoers van de Bank of Ireland (…). (…) Door (…) de Ierse obligaties in het "berekend beleggingsprofiel" bij de vastrentende waarden te rekenen en niet bij de aandelen heeft de bank in de (…) kwartaalopgaven (…) voor misverstand vatbare informatie gegeven, want daarmee werd de indruk gewekt dat [BV] veel minder risico liep dan zij daadwerkelijk liep.
5 Op zeker moment (…) heeft (…) [naam werknemer bank] mij opgebeld met het bericht dat de koers van de Ierse obligaties circa 80% was en mij gevraagd of ik ze wilde verkopen. Wij zijn toen niet tot verkoop overgegaan, omdat ons op dat ogenblik de ware aard van deze obligaties onbekend was.
6 Op 1 juli 2008 hebben mijn echtgenote en ik gesproken met (…) [Naam werknemer bank] en (…) en zijn opvolger (…). Ons is toen geadviseerd in privé de obligaties Bank of Ireland van [BV] te kopen. Dat advies hebben wij opgevolgd, zodat de obligaties (tegen de toenmalige koers van 51,39%) op 18 juli 2008 privé werden geboekt, en wij dus vanaf die datum in privé voor nominaal 150.000 EUR Ierse obligaties bezitten.
7 Samenvattend menen wij dat de bank haar zorgplicht niet is nagekomen door te bevorderen dat [BV] en wij in privé deze obligaties aanschaften. (…)
(a) De bank heeft mij in februari 2005 er niet bij verteld dat de aanbevolen Ierse obligaties achtergesteld waren.
(b) Deze obligaties zijn ongeschikt om zekerheid in het vermogen in te bouwen. Qua koersontwikkeling gedragen zij zich als aandelen, maar dan wel zonder enige kans op een wezenlijk hogere koers dan 100%.
(c) De bank heeft (…) in de kwartaalberichten (…) de Ierse obligaties steeds onder de niet risicodragende vastrentende waarden gerangschikt, waardoor wij een onjuist beeld kregen van de risico's waaraan onze beleggingen bloot stonden.
8 [BV] en mijn echtgenote en ik hebben voor nominaal 150.000 EUR Ierse perpetualobligaties gekocht voor € 151.350. Die zijn nu circa € 52.500 waard. Onze schade laat zich derhalve becijferen op circa € 98.850. Dat is (…) een gevoelig verlies.

9 Een ander probleem zit in door [BV] op of omstreeks resp. 19 juni 2003 en 31 mei 2004 gekochte perpetualobligaties van ING voor resp. (nominaal) € 25.000 (…) en (nominaal) € 60.900 (…). Ook deze obligaties vertonen een aandeelachtig koersverloop en noteren nu (…) circa 55% en 51%. Geen geschikte stukken om naast de aandelenportefeuille de gewenste zekerheid in het vermogen in te bouwen dus. Ook deze obligaties zijn in de kwartaalberichten (…), misleidend, onder de niet risicodragende vastrentende waarden gerangschikt (…). [BV] kocht deze obligaties voor € 85.900; zij hebben thans een waarde van ongeveer € 44.809. De schade laat zich, op dit moment, becijferen op circa € 41.091. Ook dit is (…) een gevoelig verlies (…).
10 Thans staan wij voor het dilemma hoe nu verder te handelen. Indien wij, zoals U voor wat de Ierse obligaties betreft adviseerde, tot verkoop overgaan en [BV] hetzelfde doet met de ING Groep perpetualobligaties (…) wordt de schade gefixeerd. Wij willen daartoe liever niet overgaan alvorens van de bank te hebben vernomen wat zij zal doen met deze klacht. In ieder geval willen wij voorkomen dat de bank ons zal tegenwerpen dat wij de obligaties op het verkeerde moment hebben verkocht en daarom zelf hebben bijgedragen aan de schade.
11 (…) [ik] stel (…) de bank wegens toerekenbare niet nakoming van de zorgplicht aansprakelijk voor de (…) schade (…). (…)"

2.5 In haar brief van 24 februari 2010 heeft de bank geantwoord:

"(…) U hebt er destijds voor gekozen om voor [BV] (…) te beleggen op basis van het Groei Profiel (offensief). De asset allocatie behorende bij dit profiel is 30% vastrentende waarden en 70% zakelijke waarden. Voor uw privé beleggingen (…) heeft u gekozen voor het Rendement Groei Profiel (matig offensief). De asset allocatie behorende bij dit profiel is 50% vastrentende waarden en 50% zakelijke waarden. (…)
Wij zijn van mening dat het advies van ING te beleggen in de genoemde obligatieleningen in beginsel, paste binnen uw beleggingsprofielen, maar dat een relatief hoog percentage is belegd in perpetuele obligaties. Gezien de door u gekozen uitgangspunten zou het verstandig geweest zijn maximaal ongeveer 30% (Privé) en 40% ([BV] van het obligatiegedeelte van uw portefeuille in perpetuele obligaties te beleggen. (…)
Gelet op het vorenstaande is ING bereid om coulancehalve (…) € 14.000 aan u uit te keren. (…)
Bij dit voorstel gaan wij er van uit dat de samenstelling van de portefeuille mede op advies van ING tot stand is gekomen, maar nemen wij ook uw eigen verantwoordelijkheid (…) in aanmerking. Hierbij is (…) van belang dat de koersontwikkeling van de obligaties in uw portefeuille al in november 2005 met u is besproken (…). Daarnaast hebt u nagelaten om schade beperkende maatregelen te nemen door uw keuze om de obligaties ondanks het advies van uw ING adviseur niet te verkopen. (…) Wanneer u het niet eens bent met onze reactie, kunt u in beroep gaan bij de directie. (…)"

2.6 Bij brief van 22 oktober 2014 heeft de gemachtigde van Consumenten aan de bank geschreven:

"(…) Cliënten hebben (…) met de bank gecorrespondeerd. Ik verwijs naar de brief (…) d.d. 26 oktober 2009 (…). Bij brief d.d. 24 februari 2010 heeft de bank gereageerd. (…) Er is toen een voorstel gedaan tot het doen van een "coulance uitkering" ter hoogte van EUR 14.000. Mijn cliënten zijn op dat voorstel niet ingegaan.
Namens cliënten, die hun aanspraken onverkort handhaven, verzoek (…) ik de bank nogmaals om haar aansprakelijkheid (…) te erkennen en de geleden schade te vergoeden. (…)
Met deze brief wordt beoogd om verjaring van de aanspraken van cliënten jegens de bank te voorkomen. (…)"

2.7 Bij brief van 17 december 2015 heeft de gemachtigde van Consumenten aan de bank geschreven:

"(…) Het geschil (…) draait om de advisering betreffende de verkrijging van de volgende ING en BI obligaties in 2003, 2004 en 2005:

Fondsnaam	Nominale waarde	Datum aankoop	[Consument 1]	[BV]
ING Groep 03	EUR 25.000	16 juni 2003		x
	EUR 25.000	16 juni 2003	x	
ING Groep 04	EUR 60.900	31 mei 2004		x
Bank of Ireland	EUR 50.000	25 febr. 2005	x	
	EUR 100.000	25 febr. 2005		x

(…) Ik verwijs naar bijgevoegde afschriften van waarde overzichten per 1 juli 2005 (…). Hieruit blijkt dat, na afwikkeling van bedoelde transacties:
- in de beleggingsportefeuille van [Consument 1] alleen deze ING en BI obligatjes zijn opgenomen;
- deze ING en BI obligaties bijna 23% van de portefeuille van [BV] B.V. (ofwel: bijna de helft van het "vastrentende deel" (…)) vertegenwoordigen. (…)
Het was voor de heer en mevrouw [Naam Consument 1] onbegrijpelijk dat niettemin in de jaren nadien forse verliezen werden geleden op de als veilige, vastrentende, waarden aangemerkte ING en BI-obligaties.
Teneinde de verliezen nog enigszins te beperken, hebben [Consument 1] en [BV] B.V. de obligaties (…) in 2011 (…) verkocht (…):

[BV]:

Fonds	Aankoop	Prijs	Verkoop	Prijs	Koersverlies
ING 03	16/6/2003	EUR 25.000	21/12/2011	EUR 13.545	EUR 11.455
ING 04	31/5/2004	EUR 60.900	21/12/2011	EUR 32.937	EUR 27.963
B of I	25/2/2005	EUR 100.900	18/7/2008	EUR 51.390	EUR 49.510
				Totaal:	EUR 88.928

[Consument 1]:

Fonds	Aankoop	Prijs	Verkoop	Prijs	Koersverlies
ING 03	16/6/2003	EUR 25.000	21/12/2011	EUR 13.545	EUR 11.455
B of I	25/2/2005	EUR 50.450	19/7/2008	EUR 5.000	EUR 45.450
B of I	18/7/2008	EUR 51.390	19/7/2011	EUR 10.000	EUR 41.390
				Totaal:	EUR 98.295

(…) op advies van de bank (…) [is] de door [BV] in 2005 verkregen BI obligatie met nominale waarde EUR 100.000, op 18 juli 2008 door [BV] aan [Consument 1] verkocht voor EUR 51.390 (koers: 51,39%). [Consument 1] heeft uiteindelijk in 2011 deze obligatie verkocht voor EUR 10.000 (koers: 10%).
Van de oorspronkelijk nominale waarde (…) van in totaal EUR 260.900, is slechts EUR 75.027 overgebleven. Het totale koersverlies is dus ruim 71%. (…)"

2.8 Bij brief van 21 januari 2016 heeft de bank aan de gemachtigde van Consumenten geschreven:

"(…) Begin 2008 wisten cliënten al dat de beleggingen aanzienlijk meer risico kenden dan zij blijkbaar wensten te lopen. De koers van de obligaties van de Bank of Ireland was toen immers al nagenoeg gehalveerd. Desondanks hebben cliënten eerst in oktober 2009 geklaagd bij de ING. Naar aanleiding daarvan hebben zij in februari 2010 een reactie van de ING ontvangen. Vervolgens hebben zij eerst bijna zes jaar later, in december 2015, hun klacht voorgelegd aan de directie van de ING. Het had op de weg van cliënten gelegen om in 2008 al een klacht in te dienen en niet pas een jaar later. Bovendien hadden cliënten tijdig bezwaar dienen aan te tekenen tegen het standpunt van onze afdeling Riskmanagement Beleggen en niet eerst na bijna zes jaar. (…)
Op grond van artikel 6:89 BW dient binnen bekwame tijd melding te worden gemaakt van een klacht. Nu cliënten in ieder geval begin 2008 al op de hoogte waren van de risico's van de beleggingen en zij pas ruim een jaar later (in 2009) een klacht hebben ingediend en vervolgens pas weer bijna zes jaar later (in 2015) hun klacht hebben voorgelegd aan de directie van de ING, hebben zij niet binnen bekwame tijd geklaagd. (…)"

2.9 Bij brief van 28 juli 2016 heeft de gemachtigde van Consumenten aan de bank geschreven:

"(…) Cliënten blijven bij hun standpunt dat zij tijdig geklaagd hebben. (…)
De medewerker van Uw bank [naam] aan wie mijn cliënten op 9 oktober 2009 mondeling hun onvrede (…) kenbaar maakten, heeft toen zelf aan mijn cliënten verzocht hun klachten op papier te zetten, zodat die behoorlijk onderzocht zouden kunnen worden. Ook in de reactie van de bank d.d. 24 februari 2010 (…) heeft de bank geenszins aangevoerd dat zij te laat waren. De bank achtte de klacht destijds dus blijkbaar tijdig en ging daar inhoudelijk op in. Het thans Ingenomen standpunt dat de klacht al in 2008 had moeten worden ingediend is dus ongerijmd. (…)
In zijn mailbrief van 14 april jl. stelt [naam medewerker bank] dat in het geval van mijn cliënten sprake was van een offensief profiel, waardoor de bank een veel hoger percentage aan perpetuele obligaties mocht adviseren. Hiermee zijn cliënten het oneens.
Ik wijs u allereerst erop dat de bank in haar brief van 24 februari 2010 reeds heeft erkend dat een te groot percentage van het obligatiegedeelte van de portefeuilles is belegd in perpetuele obligaties.
(…)"

2.10 Consumenten hebben een fondsenstaat van de privérekening met datum 30 juni 2005 overgelegd. Daarin staat:

"(…)

omschrijving	nominaal/aantal	koers (…)
(…)		
6,25 % FLRN BANK OF IRELAND CAP	50.000,00	98,200%
4,18% FLRN ING GROEP 03/.. (PER	25.000,00	103,500%
(…)		

(…) Beleggingsprofiel
Uw beleggingsprofiel per 30 juni 2005 was:

	Vastrentend	Aandelen	
Beleggingsprofiel gekozen:	50%	50%	Rendement Groei Profiel (matig offensief)
Beleggingsprofiel berekend:	100%	0%.	Beperkt RisicoProfiel (zeer defensief)

Het risico van uw huidige beleggingsportefeuille is lager dan het risico van het door u gekozen beleggingsprofiel hetgeen ING Bank eerder aan u bevestigd heeft, met als mogelijk gevolg een lager dan verwacht rendement.

Het berekende percentage aandelen in uw portefeuille mag 10% afwijken van het gekozen beleggingsprofiel. Dit betekent dat bij bijvoorbeeld een gekozen profiel met 10% aandelen, een afwijking die leidt tot een percentage van 0% - 20% aandelen, nog binnen het gekozen profiel valt. (…)"

2.11 Consumenten hebben een rapportage met datum 30 juni 2005 van de portefeuille van [BV] overgelegd. Daarin staat:

"(…)

Model	APF Active Portfolio Focus		
Doel/Horizon	Vrij belegbaar vermogen/Niet van toepassing		
Profiel	Groei Profiel (offensief)		
Obligaties			
(…)	Fondsnaam	(…)	Waarde EUR (…)
	0,00% ING Coconote I		48.732,50
	3,78% ING Groep 04/... -PERP		60.595,50
	4,18% ING Groep 03/.. (PERP)		25.875,00
	5,50% ING Bank 96/06		46.409,37
	5,50% Nederland 0/10		94.659,70
	6,00% NED Watersch Bk 05/35 -EMTN-		41.160,00
	6,25% Bank of Ireland Cap 05/..		98.200,00
	ABN AMRO BK 01/49 – PERP-		30.750,00
Totaal Obligaties			446.382,07
(…)			
Totaal Aandelen			358.850,98
TOTAAL			805.233,04 (…)"

3. Vordering, klacht en verweer

3.1 Consumenten vorderen dat de bank wordt veroordeeld tot vergoeding van schade. In het klachtformulier hebben zij vermeld dat de schade bestaat uit het verlies op de door de bank geadviseerde perpetuals en dat de omvang van de schade nog moet worden vastgesteld. Verder vorderen zij wettelijke rente over het bedrag van de schadevergoeding en vergoeding van proceskosten en reeds gemaakte en nog te maken kosten voor de vaststelling van aansprakelijkheid en verkrijging van voldoening buiten rechte.

3.2 Aan hun vorderingen leggen Consumenten ten grondslag dat de bank toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen:

(a) door Consumenten ondeugdelijk te adviseren, in die zin dat zij door de aankoop van de geadviseerde perpetuals meer risico liepen dan zij mochten verwachten en dat deze aankoop leidde tot een onevenwichtige opbouw van beide portefeuilles; en

(b) door hen ontoereikend voor te lichten over de kenmerken en risico's van de geadviseerde perpetuals.

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

4. Beoordeling

Aard van de rechtsverhouding

4.1 Uit de stukken blijkt dat tussen partijen een adviesrelatie heeft bestaan. Kern van een adviesrelatie is dat de belegger, desgewenst na verkregen advies, zelf beslist over het al dan niet uitvoeren van beleggingstransacties. Omdat de belegger in een adviesrelatie uiteindelijk zelf de beslissingen neemt, is hij in beginsel verantwoordelijk voor de gevolgen daarvan. Dit kan anders zijn als vast komt te staan dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. Of de bank bij het adviseren van Consumenten aan deze maatstaf heeft voldaan, is afhankelijk van verschillende omstandigheden, zoals de beleggingsdoelstelling, het beleggingsprofiel en de weging van de verschillende vermogenswaarden in de portefeuilles van Consumenten.

Beroep op verjaring

4.2 Volgens de bank zijn de vorderingen van Consumenten verjaard. De bank voert aan dat, bij de beoordeling van de vraag of een stuitingsmededeling voldoet aan de eisen van artikel 3:317 lid 1 BW, niet alleen moet worden gelet op de formulering, maar ook op de context van die mededeling, de verdere correspondentie en de overige omstandigheden van het geval. Verder voert de bank aan dat Consumenten zonder opgaaf van reden na de reactie van de bank in februari 2010 ruim 5,5 jaar hebben gewacht met het indienen van hun claim. Volgens de bank wisten Consumenten en hun gemachtigde dat een vordering tot schadevergoeding na vijf jaar verjaart en hadden zij geen reden om zo lang te wachten met het voorleggen van hun claim.

4.3 Het beroep op verjaring wordt verworpen. Uit de formulering van de brief van 22 oktober 2014 (‘Met deze brief wordt beoogd om verjaring van de aanspraken van cliënten jegens de bank te voorkomen.’; zie het citaat in 2.6) heeft de bank alleszins kunnen afleiden dat bedoeld werd de verjaring te stuiten. De overige omstandigheden waarop de bank in dit verband wijst, zijn niet relevant voor de beoordeling van een beroep op verjaring omdat, als eenmaal vaststaat dat de verjaring van een vordering rechtsgeldig is gestuit, een nieuwe verjaringstermijn van dezelfde duur – in dit geval vijf jaar – gaat lopen.

Beroep op artikel 6:89 BW

4.4 De bank doet ook een beroep op artikel 6:89 BW. In dit verband voert zij het volgende aan:

(a) Uit de brief van 26 oktober 2009 blijkt, aldus de bank, dat [Consument 1] destijds wist dat de koers van de BI Perpetuals in juli 2008 ongeveer 51% was en dat perpetuals dus meer risico kennen dan hij blijkbaar wilde lopen. Volgens de bank hadden Consumenten daarom al in juli 2008 moeten klagen.

Dit te meer omdat, aldus de bank, [Consument 1] werkzaam is geweest als jurist en bekend was met juridische procedures en termijnen en het feit dat op grond van artikel 6:89 BW tijdig moet worden geklaagd.

(b) In de brief van 24 februari 2010 stond dat Consumenten beroep konden instellen bij de directie van de bank. Consumenten zijn echter niet in beroep gegaan, maar hebben pas in oktober 2014 via hun gemachtigde een korte brief gestuurd ter stuiting van de verjaring.
(c) Volgens de bank hadden Consumenten in elk geval in 2011, na verkoop van de perpetuals, bij de bank moeten klagen omdat hun verlies toen was komen vast te staan. De bank beschouwt dit tijdstip als het 'gewaarwordingsmoment'.
(d) Door het tijdsverloop acht de bank zich ernstig in haar bewijspositie geschaad. Volgens de bank zijn de relevante stukken niet meer voorhanden omdat die op grond van de wettelijke bewaartermijn slechts zeven jaar worden bewaard en kunnen de betrokken medewerkers van de bank niet meer worden geraadpleegd, omdat die inmiddels elders werkzaam zijn en hun herinnering aan de toedracht is vervaagd.

4.5 Het beroep van de bank op artikel 6:89 BW wordt verworpen. Met de stelling dat Consumenten reeds in juli 2008 hadden moeten klagen miskent de bank dat het enkele feit dat verlies was geleden nog niet betekent dat Consumenten destijds behoorden te begrijpen dat de bank was tekortgeschoten in de naleving van een verplichting. Evenmin kan de bank worden gevolgd in haar stelling dat Consumenten na ontvangst van de brief van 24 februari 2010 hebben verzuimd in beroep te gaan bij de directie. In hun repliek hebben Consumenten immers gesteld dat de bank in die brief geen termijn heeft gesteld voor een dergelijk beroep en dat twee medewerkers van de bank tijdens een gesprek met hen op 17 mei 2010 hebben gezegd dat er voor een beroep bij de directie geen termijn gold; deze stellingen zijn vervolgens niet gemotiveerd door de bank betwist. Verder is niet gebleken dat de door de bank gestelde bewijsnood aan Consumenten kan worden toegerekend. Ook als wordt uitgegaan van een bewaartermijn van zeven jaar, geldt nog steeds dat de bank in oktober 2014 een stuitingsbrief heeft ontvangen van de gemachtigde van Consumenten, zodat de bank in ieder geval in oktober 2014 had behoren te beseffen dat Consumenten hun vordering tot schadevergoeding handhaafden. In ieder geval in oktober 2014 had het daarom op de weg van de bank had gelegen de destijds nog in het dossier aanwezige stukken te bewaren. Het feit dat de bank vervolgens heeft nagelaten die stukken te bewaren rechtvaardigt dus niet een beroep op artikel 6:89 BW.

Te risicovolle beleggingen geadviseerd?

4.6 Volgens Consumenten heeft de bank ondeugdelijk geadviseerd omdat zij, door aankoop van de geadviseerde perpetuals, meer risico liepen dan zij hoefden te verwachten.

4.7 De Commissie overweegt als volgt. Voor de privéportefeuille gold een (gekozen) matig offensief profiel met als assetallocatie 50% vastrentende en 50% zakelijke waarden en voor de portefeuille van [BV] een (gekozen) offensief profiel met als assetallocatie 30% vastrentend en 70% zakelijk. Afgaande op de stukken bestond, na aankoop van de geadviseerde perpetuals, de privéportefeuille uitsluitend uit BI Perpetuals en ING Perpetuals en de portefeuille van [BV] voor ongeveer 23% uit BI Perpetuals en ING Perpetuals. Verder blijkt uit de stukken dat de portefeuille van [BV] destijds voor ongeveer 55% uit vastrentende waarden en 45% uit zakelijke waarden bestond. Gelet op deze percentages is niet gebleken dat door de aankoop van de genoemde perpetuals de inrichting van de genoemde twee portefeuilles te offensief is geworden. In beide gevallen lag het percentage zakelijke waarden immers ruim onder het afgesproken maximale percentage.

4.8 Consumenten hebben ook gesteld dat de geadviseerde aankoop van de perpetuals heeft geleid tot een onevenwichtige opbouw van beide portefeuilles. In die stelling kunnen zij niet worden gevolgd. Noch uit de stellingen van Consumenten, noch uit de stukken blijkt immers dat, als de bank aankoopadviezen zou hebben gegeven die meer recht deden aan een evenwichtige portefeuille-inrichting, de portefeuilles van Consumenten minder offensief zouden zijn ingericht en dat in dat geval een beter beleggingsresultaat zou zijn behaald. Bedacht moet immers worden dat voor de privéportefeuille een matig offensief profiel gold en voor de portefeuille van [BV] een offensief profiel.

De voorlichting over de kenmerken en risico's van perpetuals.

4.9 Consumenten stellen dat zij alleen telefonisch zijn geadviseerd en dat het hun ten tijde van de advisering niet duidelijk is gemaakt dat perpetuals bijzondere eigenschappen hebben zoals een achtergesteld karakter en daardoor van gewone obligaties verschillen. De bank beperkt zich tot het verweer dat Consumenten niet aan hun bewijslast voldoen; volgens de bank blijkt niet uit de stukken of de aankoop van perpetuals door de bank is geadviseerd en zo ja voor welk bedrag, of dit advies alleen de aankoop van perpetuals betrof dan wel veel breder was en of het ging om vrij belegbaar vermogen of pensioenopbouw. Met dit verweer miskent de bank dat Consumenten hun stellingen over de voorlichting voldoende hebben gemotiveerd (door aan te voeren dat zij alleen telefonisch zijn geadviseerd en niet zijn gewezen op de kenmerken en risico's van perpetuals) en dat de bank die stellingen van Consumenten niet gemotiveerd – dat wil zeggen, aan de hand van voldoende feitelijke en specifieke stellingen – heeft betwist. Dit wordt niet anders door het feit dat de bank de stukken uit haar dossier niet meer heeft, omdat het de bank zelf is die heeft nagelaten die stukken te bewaren hoewel zij in oktober 2014 een stuitingsbrief had ontvangen (zie 4.5 hiervoor).

4.10 Uit het overwogene in 4.9 volgt dat Consumenten ontoereikend zijn voorgelicht over de kenmerken en risico's van perpetuals en dat de bank in zoverre toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen.

Causaal verband en omvang schade

4.11 Beoordeeld moet worden in hoeverre schade is veroorzaakt door het toerekenbaar tekortschieten van de bank.

4.12 Consumenten stellen dat zij, indien toereikend voorgelicht, de geadviseerde perpetuals met een nominaal bedrag van ongeveer € 260.000 niet zouden hebben gekocht en in plaats daarvan zouden hebben belegd in gewone obligaties uitgegeven door degelijke Nederlandse ondernemingen. Naar het oordeel van de Commissie is deze stelling onvoldoende onderbouwd; Consumenten krijgen daarom gelegenheid deze stelling alsnog te onderbouwen. Consumenten dienen toe te lichten waarom zij aannemelijk achten dat zij, indien deugdelijk voorgelicht, een zo groot bedrag in gewone obligaties zouden hebben belegd, ondanks het feit dat voor de privéportefeuille een matig-offensief profiel gold (met als assetallocatie 50% vastrentend en 50% zakelijk) en voor de portefeuille van [BV] een offensief profiel (met als assetallocatie 30% vastrentend en 70% zakelijk) en ondanks het feit dat beleggen in perpetuals niet zonder meer in strijd is met de genoemde profielen.

Dit laatste omdat (achtergestelde) perpetuals door hun specifieke kenmerken van gewone obligaties verschillen en deze effecten zich wat betreft de risico's deels classificeren als zakelijke waarde en deels als vastrentende waarde en effecten met deze beide risico's in het matig offensieve en het offensieve profiel mogen worden ondergebracht, mits de verhouding van de producten en bijbehorende risico's voor de gehele portefeuille voldoet aan de risicoverhouding binnen het gekozen profiel. Verder dienen Consumenten de volgende stukken voor zover nog voorhanden over te leggen:

- de vragenlijsten die zij hebben ingevuld met het oog op het bepalen van het risicoprofiel van de privéportefeuille en de portefeuille van [BV]: en
- de rapportages die zij ten aanzien van de privéportefeuille en de portefeuille van [BV] van de bank hebben ontvangen (zowel jaar- als kwartaalrapportages) in de jaren 2003 tot en met 2011.

4.13 Zoals hiervoor overwogen staat het niet vast welke effecten Consumenten in geval van toereikende voorlichting zouden hebben gekocht. Daardoor staat ook niet vast of en in welke omvang schade is veroorzaakt door het tekortschieten van de bank. Om echter onnodige vertraging in deze procedure te voorkomen zal de Commissie Consumenten verzoeken ook een schadebegroting over te leggen zodat de schade kan worden begroot ingeval het, op basis van de nog in de dienen processtukken, vast komt te staan dat Consumenten, indien deugdelijk voorgelicht, het voor de aankoop van perpetuals benutte bedrag geheel of gedeeltelijk zouden hebben benut voor de aankoop van andere beleggingen. In deze schadebegroting moet een vergelijking worden gemaakt tussen (a) het daadwerkelijke beleggingsresultaat op de geadviseerde perpetuals (incluis ontvangen couponrente) in de periode vanaf de aankoop van de perpetuals tot aan de verkoop daarvan en (b) het beleggingsresultaat (incluis ontvangen couponrente) dat in diezelfde periode zou zijn behaald op de beleggingen die Consumenten in geval van deugdelijke voorlichting zouden hebben gekocht.

Verder wordt Consumenten verzocht in deze schadebegroting inzichtelijk te maken wat het bedrag is van de in de brief van 20 april 2016 vermelde proceskosten en kosten voor de vaststelling van aansprakelijkheid en verkrijging van voldoening buiten rechte.

4.14 Alle overige beslissingen zullen worden aangehouden.

5. Beslissing

De Commissie:

(a) bepaalt dat Consumenten binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze tussenuitspraak aan partijen is verstuurd, de gevraagde toelichting, stukken en schadebegroting vermeld in overweging 4.12 en 4.13 overleggen;

(b) bepaalt dat de bank, nadat Consumenten de genoemde toelichting, stukken en schadebegroting hebben overgelegd, binnen vier weken daarop zal mogen reageren; en

(c) houdt alle overige beslissingen aan.

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.