

**Einduitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-433
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, J.C. Buiten en 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 : 20 juni 2019
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Einduitspraak na tussenuitspraak waarin is geoordeeld dat consumenten ontoereikend zijn voorgelicht over de kenmerken en risico's van perpetuals. Schadebegroting. Eigen schuld. De vordering wordt deels toegewezen.

1. Procesverloop

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de tussenuitspraak van 6 juni 2018, (GC 2019-455)
- de brief van de gemachtigde van Consumenten van 20 september 2018,
- de brief van de bank van 23 november 2018 en
- de brief van de gemachtigde van Consumenten van 26 april 2019.

2. De verdere beoordeling

- 2.1 In de tussenuitspraak is vastgesteld dat Consumenten ontoereikend zijn voorgelicht over de kenmerken en risico's van perpetuals. De Commissie heeft Consumenten gelegenheid geboden voor het alsnog onderbouwen van hun stelling dat zij, indien toereikend voorgelicht, geen perpetuals zouden hebben gekocht, maar in plaats daarvan zouden hebben belegd in gewone obligaties uitgegeven door degelijke Nederlandse ondernemingen. Ook heeft de Commissie Consumenten verzocht aanvullende stukken en een schadebegroting over te leggen.
- 2.2 Consumenten hebben de gevraagde gegevens overgelegd en de bank heeft daarop gereageerd.
- Schadebegroting*
- 2.3 De Commissie stelt voorop dat de schade wordt begroot door het vergelijken van het daadwerkelijke beleggingsresultaat van de geadviseerde perpetuals (in de periode van aankoop tot verkoop) met het hypothetische beleggingsresultaat dat in diezelfde periode zou zijn behaald op de beleggingen die Consumenten in geval van deugdelijke voorlichting zouden hebben gekocht.

Hieronder zal worden beoordeeld of, op basis van de na de tussenuitspraak ingediende stukken, het daadwerkelijke en het hypothetische beleggingsresultaat kunnen worden vastgesteld.

Het daadwerkelijke beleggingsresultaat

- 2.4 In de schadebegroting van Consumenten wordt het beleggingsresultaat (= saldo van koersresultaat en ontvangen couponrente) op de geadviseerde perpetuïals vermeld, te weten een verlies van € 46.491 bij de perpetuïals in de portefeuille van [BV] en een verlies van € 69.107 bij de perpetuïals in de privéportefeuille. Deze bedragen zijn door de bank niet betwist en zijn daarmee komen vast te staan. Het totale daadwerkelijke beleggingsresultaat is dus een verlies van (€ 46.491,- + € 69.107,- =) € 115.598,-.

Het hypothetische beleggingsresultaat

- 2.5 Partijen zijn ingegaan op de vraag welke beleggingen zouden zijn gekocht in geval van toereikende voorlichting. Volgens Consumenten is weliswaar niet goed vast te stellen welke stukken zij in dat geval zouden hebben gekocht, maar is aannemelijk dat zij in bedrijfs- of staatsobligaties zouden hebben belegd. In de schadebegroting zijn Consumenten uitgegaan van de aankoop van staatsobligaties, waarbij zij opmerken dat zij geen informatie hebben gevonden over de rentepercentages en koersen van gewone bedrijfsobligaties in de relevante periode. De bank heeft deze stellingen betwist; wegens het risicoprofiel van de portefeuilles acht de bank waarschijnlijk dat in geval van toereikende voorlichting deels (bedrijfs)obligaties en deels aandelen zouden zijn gekocht. De bank voert aan dat Consumenten, afgaande op de portefeuilleoverzichten, vooral in aandelen belegden, dat er geen aanwijzingen zijn dat zij risicoarm wilden beleggen en dat Consumenten nooit aan de bank hebben gemeld dat het risicoprofiel niet juist was.
- 2.6 Naar het oordeel van de Commissie is de vraag naar de beleggingen in geval van toereikende voorlichting niet overtuigend door partijen beantwoord, zodat beide partijen op dit punt niet in hun stellingen kunnen worden gevolgd. De Commissie komt tot dit oordeel op basis van het voor de portefeuilles geldende risicoprofiel (matig offensief resp. offensief) en de opbouw van een portefeuille die binnen een dergelijk risicoprofiel passend is. Bij het vaststellen van het hypothetische beleggingsresultaat zal de Commissie daarom een asset-categorie kiezen die passend is binnen het risicoprofiel en geen of beperkte invloed heeft op het totale risico van de portefeuille.
- 2.7 Van belang is verder dat de aankoop van obligaties van banken in de eurozone is geadviseerd en dat dit door Consumenten niet als onjuist advies is bestempeld. Mede om die reden kiest de Commissie, bij het berekenen van het hypothetische resultaat, voor het waardeverloop van een beleggingsfonds in bedrijfsobligaties in de eurozone en neemt zij hiervoor het Fidelity Euro Corporate Bond Fund (TR). Als het in perpetuïals belegde bedrag in diezelfde periode in het Fidelity Euro Corporate Bond Fund (TR) zou zijn ondergebracht, zou daarop een positief resultaat van ongeveer € 16.500,- zijn behaald.

Omvang schade

- 2.8 Hiervoor is geconstateerd dat het daadwerkelijke beleggingsresultaat een verlies van € 115.598,- is en het hypothetische beleggingsresultaat een winst van ongeveer € 16.500,-. De schade wordt begroot op het verschil tussen deze bedragen, zijnde afgerond € 132.000,-.

Schadebeperking

- 2.9 In haar brief na de tussenuitspraak voert de bank aan dat Consumenten hebben nagelaten hun schade te beperken. Ter onderbouwing stelt zij dat een bankmedewerker heeft voorgesteld de BI Perpetuals te verkopen toen de koers tot 80% was gedaald, maar dat Consumenten dat voorstel niet hebben opgevolgd.
- 2.10 Omdat dit beroep op schadebeperking weliswaar in correspondentie van partijen aan de orde was gekomen, maar in de procedure bij de Commissie nog niet eerder door de bank was opgeworpen, heeft de Commissie Consumenten gelegenheid geboden op dit verweer te reageren. Consumenten hebben dat gedaan bij brief van hun gemachtigde van 26 april 2019.
- 2.11 Naar het oordeel van de Commissie nemen de stellingen van Consumenten in de brief van 26 april 2019 niet weg dat de schade mede is veroorzaakt door het feit dat Consumenten hebben nagelaten hun schade te beperken. De stelling dat het beroep op schadebeperking alleen ziet op de BI Perpetuals wordt gepasseerd omdat een dergelijke beperking ontbreekt wanneer de relevante stukken – de brief van de bank van 24 februari 2010, de e-mail van de bank van 14 april 2016 en de brief van de bank na de tussenuitspraak – in onderling verband worden gelezen. Consumenten kunnen ook niet worden gevolgd in hun stelling dat de schadebeperkingsplicht vooral of zelfs uitsluitend op de bank rustte en de billijkheid van artikel 6:101 BW eist dat de schade volledig door de bank wordt vergoed. Zij hebben immers zelf gesteld dat zij hadden beoogd het vastrentende deel van hun portefeuille onder te brengen in gewone obligaties met een laag risico. Hierbij is van belang dat de koersen van de perpetuals aanzienlijk fluctueerden: afgaande op de portefeuilleoverzichten bedroeg de koers van de BI Perpetuals in de periode december 2005 – december 2008 achtereenvolgens 91%, 82%, 63% en 21%, die van de ING Groep 03 Perpetuals in de periode december 2003 – december 2008 achtereenvolgens 107%, 106%, 104%, 101%, 98% en 43% en die van de ING Groep 04 Perpetuals in de periode december 2004 – december 2008 achtereenvolgens 103%, 96%, 90%, 81% en 41%. Van het koersverloop van hun beleggingen zijn Consumenten op de hoogte gehouden in portefeuilleoverzichten die zij over ieder kwartaal ontvingen. Omdat Consumenten het in de perpetuals ondergebrachte bedrag weinig riskant wilden beleggen, was dit koersverloop alleszins aanleiding geweest om tot actie over te gaan – wezenlijk eerder dan zij daadwerkelijk hebben gedaan – omdat anders een groot deel van hun belegde vermogen blootgesteld zou blijven aan het risico op aanzienlijke koersfluctuaties die niet strookten met hun beleggingsdoelstellingen. Dit brengt mee dat een deel van de schade door Consumenten zelf moet worden gedragen. In het licht van het voorgaande – de omvang van het in perpetuals belegde bedrag en de constatering dat het koersverloop aanleiding gaf tot actie over te gaan – en de overige feiten en omstandigheden in deze zaak, waaronder het door de Commissie aangenomen algemene kennisniveau van Consumenten, acht de Commissie billijk dat ieder der partijen de helft van de schade draagt. Dit betekent dat een schadevergoeding van $(1/2 \times € 132.000 =) € 66.000,-$ zal worden toegewezen.

Wettelijke rente en kosten van rechtsbijstand

- 2.12 Consumenten vorderen wettelijke rente over het toegewezen bedrag. Bij gebrek aan specifieke stellingen over de aanvangsdatum zal de wettelijke rente worden berekend met ingang van de dag van ontvangst van de klacht, zijnde 21 april 2016.
- 2.13 Consumenten vorderen ook vergoeding van kosten van rechtsbijstand voorafgaand aan de procedure, weergegeven in twee facturen met een bedrag van € 2.964,50 en € 2.952,40. Voor dergelijke kosten geldt in de procedures bij de Commissie de Vergoedingsregeling buitengerechtelijke incassokosten (hierna: de Vergoedingsregeling). In deze zaak geldt het tarief voor zaken met een toegewezen bedrag van € 50.000,- tot € 100.000,-. Volgens dit tarief bedraagt de vergoeding voor buitengerechtelijke kosten € 375, waarbij de Commissie van het tarief mag afwijken als de aard of zwaarte van de zaak daartoe aanleiding geeft. In dit geval ziet de Commissie aanleiding voor afwijking van het tarief, omdat de bank de omvang en redelijkheid van deze kosten niet heeft betwist en verder uit de stukken blijkt dat voorafgaand aan de behandeling door de Commissie uitvoerig schikkingsoverleg heeft plaatsgevonden. In aansluiting op het reglementaire maximum voor proceskosten (zie 2.14 hierna) zal de Commissie daarom bepalen dat een bedrag van € 5.000,- wegens buitengerechtelijke kosten moet worden vergoed.
- 2.14 Verder vorderen Consumenten vergoeding van de kosten van rechtsbijstand tijdens hun procedure. Voor zulke kosten geldt het liquidatietarief van Kifid met, op grond van het reglement, een maximum van € 5.000,-. In deze zaak geldt het tarief voor zaken met een toegewezen bedrag van € 50.000,- tot € 100.000,- (€ 750,- per procespunt). De Commissie mag van dit tarief afwijken als aard of zwaarte van de zaak daartoe aanleiding geeft, waarbij van belang is dat Consumenten onweersproken hebben gesteld dat een vergoeding van € 5.000,- op zijn plaats is in verband met de verrichte proceshandelingen, de omvang van de werkzaamheden en het belang van de zaak. De proceskostenvergoeding wordt daarom vastgesteld op € 5.000,-.

Slotoverweging

- 2.15 Gezien het voorgaande zal een schadevergoeding van € 66.000 worden toegewezen, te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 21 april 2016 tot aan de dag van algehele betaling, een vergoeding voor buitengerechtelijke kosten van € 5.000 en een proceskostenvergoeding van € 5.000. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

3. Beslissing

De Commissie beslist dat de bank binnen vier weken na de dag waarop deze beslissing aan partijen is verstuurd:

- (a) aan Consumenten een bedrag van € 66.000,- vergoedt, te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 21 april 2016 tot aan de dag van algehele betaling;

- (b) aan Consumenten een bedrag van € 5.000,- betaalt als vergoeding voor buitengerechtelijke kosten;
- (c) aan Consumenten een bedrag van € 5.000,- betaalt als vergoeding voor proceskosten.

Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

Deze 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 en de daarvoor geldende termijnen staan beschreven in artikel 46 van het reglement.