Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-528
(mr. drs. S.F. van Merwijk, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA, mr. dr. drs. R. Knopper, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 13 februari 2017
Ingediend door	: Consument
Tegen	: ABN AMRO Bank N.V., verder te noemen de bank
Datum uitspraak	: 25 juli 2019
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Belegging in etf's. Naar het oordeel van de Commissie is de belegger niet tijdig geattendeerd op wijziging van het assortiment. Gestelde schade is niet komen vast te staan.

1. Procesverloop

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

- het klachtformulier met bijlagen,
- het verweerschrift van de bank,
- de brief van Consument van 18 december 2017,
- de e-mails van Consument van 11 en 13 mei 2018,
- de e-mail van de bank van 11 juni 2018,
- de brief van Consument van 11 juli 2018,
- de e-mail van de bank van 24 augustus 2018 en
- de brief van Consument ontvangen op 10 oktober 2018.

De Commissie stelt vast dat partijen bindend advies aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 12 april 2018. Doordat Consument verhinderd was wegens ziekte is geen hoorzitting gehouden. De Commissie heeft besloten dat de procedure schriftelijk zou worden voortgezet en heeft aanvullende informatie bij Consument opgevraagd en, nadat Consument deze had ingediend, partijen gelegenheid geboden op elkaars standpunt te reageren.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft een beleggingsrekening bij de bank. Op deze rekening belegt hij op basis van execution only.

2.2 Consument heeft op deze rekening belegd in vier etf's, te weten NUGT, JNUG, DUST en JDST (hierna: de etf's).

2.3 De bank heeft op 4 juli 2013 aan haar cliënten geschreven:

"(…) ABN AMRO voert dit jaar enkele wijzigingen door in de beschikbare beleggingsproducten, ook wel 'fondsen' genoemd. Voortaan kunt u een aantal fondsen niet meer laten toevoegen. (…)
• Met de wijziging van het beleggingsassortiment willen we onze beleggers beschermen tegen (…) speculatieve, kleine fondsen die vaak een grote kans op verlies hebben.
(…)
• U kunt niet meer handelen in bepaalde gestructureerde producten (…). Zo zitten speeders en sprinters voortaan niet meer in ons beleggingsassortiment. (…)"

2.4 Op 11 september 2013 heeft de bank aan Consument gemaild:

"(…) De wijziging met betrekking [tot] het beleggingsassortiment heeft geen invloed op het soort transacties die u via onze bank doet. U kunt dus gewoon blijven handelen (…) zoals u nu ook doet. (…)"

2.5 Bij brief van 4 juli 2014 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) [we] hebben ons assortiment aangepast (...). In het overzicht 'Wijziging van ons assortiment beleggingsproducten' ziet u welke beleggingsproducten op uw beleggingsrekening wij niet meer aanbieden. We vragen u om uw belegging in deze beleggingsproducten vóór 1 september 2014 te verkopen. Wilt u uw belegging toch aanhouden? Dan kunt u deze laten overboeken naar een andere bank of broker.
(…)
Wat zijn de grootste veranderingen (…)?
• Te kleine beleggingsproducten zijn uit ons assortiment (…)
• In het assortiment zitten alleen beleggingsfondsen die bij de AFM zijn geregistreerd (…)
• U kunt niet meer beleggen in alle ETF's (…)"

2.6 Consument heeft op 15 juli 2014 aan de bank gemaild:

"(…) D.d. 4 juli 2014 ontving ik (…) een schrijven waarin melding wordt gemaakt van "wijzigingen in jullie assortiment van beleggingsproducten".
Er worden 5 beleggingsproducten genoemd waarin ik vaak handel die vanaf 1 sept. niet meer in jullie assortiment voor zullen komen. Mij wordt gevraagd deze producten voor 1 September te verkopen, kosteloos over te laten boeken naar een andere bemiddelaar of jullie de betreffende producten te laten verkopen na 1 sept.
Ik heb n.a.v. jullie schrijven een paar vragen:
- Kan ik tot eind augustus betreffende aandelen nog bijkopen en ze vervolgens voor 1 September laten overboeken naar mijn nieuwe broker? (momenteel is er sprake van een dip in de goud/zilverprijzen, ik heb ze tijdig verkocht maar wil ze op een laag prijsniveau terugkopen wat niet mogelijk zou kunnen zijn als we/ik bezig zijn/ben delen van mijn ABN-AMRO portefeuille over te hevelen naar een andere broker (…)"

De bank heeft geantwoord dat Consument zijn vragen kon voorleggen aan medewerkers van de beleggingslijn. Consument heeft dit gedaan, zonder de gewenste uitleg te ontvangen.

2.7 In haar brief van 18 juli 2014 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) Begin juli ontving u een brief van ons over veranderingen in ons assortiment (…). Hierin hebben wij u laten weten dat sommige beleggingsproducten (…) uit ons assortiment zijn gehaald. Reacties van klanten zijn voor ons aanleiding geweest om in gesprek te gaan met de toezichthouder (…). De uitkomst hiervan is dat niet-AFM geregistreerde beleggingsfondsen voorlopig toch nog in ons assortiment blijven. (…)
In het overzicht bij deze brief ziet u welke niet-AFM geregistreerde beleggingsfondsen u in uw portefeuille heeft. In onze brief van begin juli vroegen wij u deze fondsen vóór 1 september 2014 te verkopen of over te boeken. Dat is nu niet nodig. U kunt uw belegging in deze fondsen voorlopig aanhouden en orders uitvoeren. (…)"

2.8 Overgelegd is een brief die de bank eind oktober 2014 heeft gestuurd aan klanten met beleggingen die uit het assortiment zouden worden verwijderd:

"(…) Eind juli ontving u van ons een brief over onze gesprekken met toezichthouder AFM (…). De gesprekken met de AFM hebben geleid lot een 'nadere uitleg' die de AFM (…) heeft gepubliceerd. (…)
Wij hebben onder andere hierdoor ons productassortiment aangepast. U kunt op eigen initiatief blijven beleggen in het overgrote deel van de niet-AFM geregistreerde beleggingsfondsen. Maar wij kunnen en mogen u over deze beleggingsfondsen geen advies geven. (…)
U kunt de volgende niet-AFM geregistreerde beleggingsfondsen niet meer bijkopen:
- Beleggingsfondsen die geen beursnotering hebben en geregistreerd zijn in [*hier volgt een reeks landen*];
- Beleggingsfondsen uit de Europese Unie die daar niet geregistreerd zijn voor verkoop aan consumenten; en
- ETF's met hefboomwerking (…)

In het overzicht bij deze brief ziet u welke niet-AFM geregistreerde beleggingsfondsen u in uw beleggingsportefeuille heeft (…). (…)"

2.9 Op 24 november 2014 heeft Consument aan de bank gemaild:

"(…) Begin 2014 was er even sprake van dat de ABN deze fondsen uit hun assortiment zouden verwijderen. Dat voornemen werd ingetrokken. Afgelopen vrijdag kon ik echter niet handelen in deze fondsen. Ze zitten wel in mijn portfolio en het is belangrijk dat ik erbij kan (bv. bij een verwachte daling aandelen kan verkopen om ze dan goedkoper terug te kopen).
Kunnen jullie even kijken wat er aan de hand zou kunnen zijn? (…)"

2.10 In haar brief van 27 november 2014 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) Met deze brief ontvangt u ons antwoord op uw klacht. U geeft aan dat u geregeld handelt in de fondscode [nummer 1] (…) en (…) [nummer2] (…). Door aanpassing van ons beleggingsassortiment is dit niet meer mogelijk. U stelt dat u hiervan niet in kennis bent gesteld. Hierdoor heeft u schade geleden voor een bedrag door u berekend op EUR 5.000,-. (…)
Allereerst betreuren wij het dat u niet tijdig in kennis bent gesteld van de aanpassing van ons beleggingsassortiment (…). Wij hebben uw klacht voorgelegd bij onze afdeling (…) die verantwoordelijk is voor ons assortimentsbeleid. Gebleken is dat de berichtgeving over deze aanpassing is verzonden naar beleggers met een positie in de laatste week van oktober 2014.
Voor meer informatie over ETF's verwijzen wij u naar de site van de (…) AFM (…).

(…)
ABN AMRO Bank constateert dat juist bij Short- en Leveraged ETF's de produktkenmerken sterk afwijken van wat in zijn algemeenheid van een ETF wordt verwacht.
De werking van deze ETF 's achten wij (…) zodanig complex dat zelfs met een goede uitleg deze voor niet-professionele klanten bijna niet goed te begrijpen is.
(…) Klanten met een bestaande positie in een Short- of Leveraged ETF kunnen deze nog wel aanhouden maar aan- dan wel bijkopen is niet meer toegestaan. (…)"

3. Vordering, klacht en verweer

3.1 Consument vordert dat de bank wordt veroordeeld zijn etf's over te nemen en de aankoopsom van € 30.000,- te vergoeden. Aan deze vordering legt hij ten grondslag dat de bank hem niet tijdig ervoor heeft gewaarschuwd dat de etf's uit het beleggingsassortiment zouden worden verwijderd.

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

4. Beoordeling

Tekortschieten?

4.1 Volgens Consument heeft de bank nagelaten hem tijdig te attenderen op de wijziging van haar assortiment, waardoor hij vanaf 1 november 2014 geen etf's meer zou kunnen aankopen via zijn rekening bij de bank.

4.2 In reactie op deze stelling heeft de bank een voorbeeld van een aan klanten verzonden brief van oktober 2014 overgelegd (zie 2.8 hiervoor). Consument heeft betwist destijds die brief te hebben ontvangen; de bank heeft erkend dat zij niet kan bewijzen dat een dergelijke brief aan Consument is verstuurd. Naar het oordeel van de Commissie staat daarmee vast dat de bank toerekenbaar is tekortgeschoten door Consument niet tijdig te attenderen op de wijziging van het assortiment.

Schade?

4.3 Aan de orde is vervolgens de vraag of Consument schade heeft geleden als gevolg van dit tekortschieten van de bank. Om vast te stellen of en in welke omvang schade is geleden, zal de Commissie het daadwerkelijk door Consument behaalde beleggingsresultaat in de relevante periode vergelijken met het (hypothetische) beleggingsresultaat dat in die periode zou zijn behaald als de bank niet was tekortgeschoten.

Het daadwerkelijke beleggingsresultaat

4.4 De Commissie heeft partijen verzocht een berekening over te leggen van het daadwerkelijke en het hypothetische beleggingsresultaat over de periode vanaf 1 november 2014 (de dag waarop het assortiment werd gewijzigd) tot en met 27 november 2014 (de datum van de in 2.10 geciteerde brief met de mededeling dat Consument geen etf's meer kon aankopen).

De Commissie zal hieronder ingaan op de stellingen van partijen over de schadeberekening.

4.5 In haar e-mail van 11 juni 2018 heeft de bank de schade berekend over de periode vanaf (vrijdag) 31 oktober 2014 tot en met 28 november 2014. De bank heeft gesteld dat de etf's op 31 oktober 2018 een waarde hadden van USD 16.853 en op 28 november 2014 een waarde van USD 18.8957. De bank heeft opgemerkt dat Consument in die periode een koersstijging van USD 1.970 is misgelopen doordat hij op 21 november 2014 de beoogde aankoop van 500 etf's DUST niet heeft kunnen verrichten. Wordt deze misgelopen koersstijging meegerekend, dan zijn volgens de bank de etf's in de relevante periode licht in waarde gestegen (met een bedrag van USD 134). In haar e-mail van 24 augustus 2018 heeft de bank toegevoegd dat zij de koers van 28 november 2014 heeft gehanteerd omdat de beurs op 27 november 2014 gesloten was, maar dat het zuiverder zou zijn in deze berekening de slotkoers van 26 november 2014 te hanteren en dat, uitgaande van de slotkoers van 26 november 2014, een rendement van afgerond € 4.990,00 zou zijn behaald.

4.6 Consument heeft een aantal berekeningen van de schade ingediend. Daarbij heeft hij gesteld dat de schade over een langere periode moet worden berekend, namelijk vanaf 29 oktober 2014, 21 oktober 2014 of zelfs vanaf begin september 2014. Ter onderbouwing heeft Consument gesteld dat de bank op 29 oktober 2014 wist welke cliënten beleggingen hadden die uit het assortiment waren geschrapt; verder heeft hij gesteld dat bij de schadebegroting moet worden uitgegaan van een langere waarschuwingstermijn (twee weken of zelfs twee maanden) wegens de periode die nodig is om een positie onder gunstige voorwaarden te kunnen afbouwen.

4.7 In deze stellingen kan Consument niet worden gevolgd. Reden voor de Commissie om de schade te begroten over de periode van 1 tot en met 27 november 2014, is dat Consument in die periode, door het tekortschieten van de bank, niet wist dat het assortiment was gewijzigd en daardoor niet in staat was met de vereiste spoed transacties in etf's te verrichten bij een voor hem ongewenste koersontwikkeling. Bij de waardedalingen buiten die periode (d.w.z. vóór 1 november 2014 of na 27 november 2014) is onvoldoende aannemelijk geworden dat die door tekortschieten van de bank zijn veroorzaakt. Immers, voor 1 november 2014 kon Consument desgewenst etf's aankopen en verkopen en over de periode na 27 november 2014 heeft Consument zelf gesteld dat hij destijds de etf's heeft aangehouden in de verwachting dat er inflatie zou optreden, veroorzaakt door de maatregelen van centrale banken, en dat als gevolg daarvan de goudkoers zou stijgen.

4.8 Gezien het voorgaande volgt de Commissie Consument niet in zijn stellingen over de omvang van het daadwerkelijke beleggingsresultaat. Van belang is verder dat Consument het weliswaar oneens is met de bank over de voor schadebegroting te hanteren periode, maar dat hij de door de bank vermelde bedragen (zie 4.5) niet heeft betwist. De Commissie neemt daarom als vaststaand aan dat in de relevante periode een positief beleggingsresultaat van (ten minste) USD 134 is behaald.

Het hypothetische beleggingsresultaat

4.9 Aan de orde is vervolgens het resultaat dat zou zijn behaald als de bank niet was tekortgeschoten, ook wel aangeduid als hypothetisch beleggingsresultaat.

4.10 Consument heeft het hypothetische beleggingsresultaat begroot op USD 1.997. Dit bedrag is door Consument berekend aan de hand van de koersontwikkeling van de S&P 500. De bank heeft hiertegen ingebracht dat het hypothetische resultaat niet kan worden berekend aan de hand van de S&P 500 omdat uit niets blijkt dat Consument in de relevante periode iets anders wilde doen dan etf's DUST en NUGT aan- en verkopen.

4.11 Naar het oordeel van de Commissie bevatten de stukken geen concrete en specifieke aanwijzingen die het aannemelijk maken dat Consument, indien tijdig bekend met de wijziging van het assortiment, het belegde vermogen zou hebben ondergebracht in beleggingen waarvan het koersverloop vergelijkbaar zou zijn geweest met dat van de S&P 500. Ook overigens ontbreken voldoende concrete aanwijzingen over de beleggingen die Consument in dat geval zou hebben gehad en het resultaat dat daarop zou zijn behaald. Bij gebrek aan preciezere gegevens wordt het hypothetisch beleggingsresultaat daarom op € 0,00 begroot.

Conclusie

4.12 Gezien het overwogene in 4.4 – 4.11 is niet komen vast te staan dat Consument, indien tijdig bekend met de wijziging van het assortiment, in de relevante periode een beter beleggingsresultaat zou hebben behaald dan het daadwerkelijke resultaat in die periode. Het ontbreekt daarmee aan schade die door het tekortschieten van de bank is veroorzaakt. De vordering van Consument zal daarom worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering van Consument af.

In artikel 2 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/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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.