Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-210
d.d. 5 juli 2013
(mr. J. Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en G.J.P. Okkema, leden, en
mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

Execution only. De Commissie onderschrijft het standpunt van de bank dat zij er van mocht uitgaan dat Consument destijds kennis had genomen of had kunnen nemen van de voorwaarden en acht deze van toepassing op de overeenkomst. Aangeslotene had op grond van de voorwaarden de bevoegdheid haar assortiment te wijzigen en het betreffende aandeel eruit te verwijderen. Consument kreeg bovendien voor het onderbrengen van zijn positie bij een andere instelling ruimschoots de tijd. De Commissie wijst de vordering af.

Consument,

tegen

Coöperatieve Rabobank Land van Cuijk en Maasduinen, gevestigd te Boxmeer, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende vragenformulier van 5 januari 2012;
- de brief van Consument van 22 december 2011;
- de brief van Consument van 7 januari 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.

Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

De Commissie doet, conform het in artikel 37.7 van haar reglement bepaalde, onderhavig geschil af op stukken.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Consument houdt sinds de ondertekening van een daartoe strekkende overeenkomst op 13 juni 2002 een effectenrekening bij Aangeslotene aan. Op basis van execution only dienstverlening verricht Consument transacties die op deze effectenrekening worden geadministreerd.

2.2. Aangeslotene hanteert bij haar dienstverlening de Algemene Bankvoorwaarden en de Algemene Voorwaarden Effectendienstverlening (AVE) van Aangeslotene. In de overeenkomst is opgenomen dat de klant verklaart met deze voorwaarden akkoord te gaan. Artikel 7 AVE luidt als volgt:

> De Bank is bevoegd om het verrichten van werkzaamheden die het beheer van op bepaalde gereglementeerde markten of multilaterale handelsfaciliteiten verhandelde Effecten met zich meebrengen te beëindigen, nadat de Bank de Klant daarvan voorafgaand in kennis heeft gesteld. De Klant zal in dat geval binnen een door de Bank daartoe te stellen termijn opdracht verstrekken hetzij tot overboeking van de betreffende Effecten naar een andere kredietinstelling hetzij tot verkoop voor rekening en risico van de Klant. Indien de Klant niet tijdig opdracht verstrekt is de Bank bevoegd om de betreffende Effecten op een door de Bank te bepalen tijdstip namens en voor rekening en risico van de Klant te verkopen, ongeacht de alsdan te realiseren verkoopopbrengst.

2.3. Consument heeft op 27 november 2009 840 stuks van het aan de New York Stock Exchange genoteerde aandeel Petroleo Brasileiro aangekocht tegen een koers van USD 44,270. De aanschafwaarde in euro bedroeg € 25.222,63.

2.4. Aangeslotene heeft Consument per e-mailbericht van 28 december 2010 geïnformeerd over een aanstaande wijziging in haar assortiment:

> (…)om kosten, risico's en complexiteit terug te brengen. (…) Het heeft ook tot gevolg dat in sommige aandelen vanaf 1 februari 2011 niet meer belegd kan worden (…) Deze wijziging raakt jullie portefeuille inzake het fonds: Petroleo Brasileiro
> Jullie ontvangen binnenkort een schriftelijk verzoek om het fonds kosteloos te verkopen of over te boeken naar een andere beleggingsinstelling (…)

2.5. Aangeslotene heeft Consument nadien in een brief van 7 maart 2011 meegedeeld dat zij het aandeel Petroleo Brasileiro vanaf mei 2011 uit haar assortiment haalt en dat het niet langer mogelijk is bij te kopen. Zij heeft voorts Consument verzocht de aandelen voor 16 mei 2011 te verkopen dan wel over te boeken naar een andere partij. Aangeslotene heeft er in deze brief op gewezen dat zij de aandelen zal proberen te verkopen indien Consument niet in staat is voor 16 mei 2011 te verkopen of over te boeken. In haar brieven van 8 april 2011 en 6 mei 2011 heeft Aangeslotene Consument hieraan herinnerd.

2.6. Na 16 mei 2011 heeft Aangeslotene de aandelen verkocht voor een bedrag van € 18.134,25.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade. Deze begrootte hij in eerste instantie op een bedrag van ruim € 7.000, dat bestaat uit het verschil tussen de aankoopprijs en de verkoopprijs van de aandelen Petroleo Brasileiro. Voorts vordert Consument vergoeding van de wettelijke rente. Consument heeft bij repliek

zijn eis gewijzigd en vordert terugbetaling van het totale aankoopbedrag met de kosten, de wettelijke rente en een schadevergoeding van € 250.

3.2. Aan zijn vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten overeenkomst, dan wel onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Dit is volgens Consument gelegen in de volgende omstandigheden:

(i) Aangeslotene heeft het aandeel Petroleo Brasileiro verkocht zonder dat Consument zijn toestemming had gegeven en hem onvoldoende tijd gegeven om zelf actie te ondernemen. Aangeslotene dacht niet aan de klant maar aan financieel gewin; er was geen sprake van overmacht. Zodanig handelen komt neer op oplichting en misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 4 BW).

(ii) Aangeslotene beroept zich op voorwaarden die Consument niet uitgereikt heeft gekregen.

(iii) Aangeslotene heeft de informatieplicht geschonden door Consument niet te wijzen op het risico dat het aandeel uit het assortiment zou kunnen worden genomen indien het geen geld opleverde. Daar is Aangeslotene ook geen vrijstelling voor verleend door DNB of Wft.

(iv) Aangeslotene heeft de passendheidstoets niet uitgevoerd en daarmee artikel 4:24 Wft geschonden.

(v) Uitspraak LJN: BY9836 van de Rechtbank Utrecht kan met deze situatie vergeleken worden.

3.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

Aard van de relatie

4.1. Tussen partijen bestaat een relatie van execution only. In deze vorm van effectendienstverlening neemt de belegger zelfstandig en zonder voorafgaand advies beleggingsbeslissingen. De beleggingsbeslissingen van Consument komen daarom in beginsel voor zijn rekening en risico.

(ii) Voorwaarden

4.2. De Commissie ziet aanleiding klachtonderdeel (ii) als eerste te behandelen. Consument heeft dienaangaande gesteld de op de overeenkomst van toepassing zijnde voorwaarden niet uitgereikt te hebben gekregen. Aangeslotene heeft gewezen op het feit dat Consument nochtans diens akkoord met deze voorwaarden heeft gegeven door de overeenkomst te ondertekenen. De Commissie onderschrijft het standpunt van de bank dat zij er van mocht uitgaan dat Consument destijds kennis had genomen of had kunnen nemen van de inhoud ervan en acht de voorwaarden van toepassing op de overeenkomst.

(i) Verkoop zonder toestemming

4.3. Het in dit verband meest ver strekkende beroep van Consument, op artikel 3:44 lid 4 BW, faalt. Aangeslotene heeft dit beroep gemotiveerde betwist en Consument heeft geen feiten of omstandigheden aangevoerd die tot een ander oordeel kunnen leiden.

Nu voorts vast is komen te staan dat voornoemde voorwaarden in onderhavig geval van toepassing zijn, is de vraag aan de orde of Aangeslotene op grond daarvan de bevoegdheid had haar assortiment te wijzigen en het aandeel Petroleo Brasileiro eruit te verwijderen (klachtonderdeel (i)). De Commissie beantwoordt die vraag bevestigend. Deze bevoegdheid vindt haar basis in artikel 7 AVE. Voor zover Consument heeft betoogd dat Aangeslotene op onredelijke wijze gebruik heeft gemaakt van deze bevoegdheid merkt de Commissie op dat de beweegredenen van Aangeslotene kennelijk van bedrijfseconomische aard waren. Het is niet aan de Commissie dergelijke beleidsbeslissingen te toetsen. Aan de bank kan namelijk niet worden ontzegd om aan de hand van gewijzigde inzichten haar beleid te wijzigen en/of aan te scherpen. Ten aanzien van de door de bank aangevoerde reden overweegt de Commissie ten overvloede dat deze gezien de voorliggende feiten en omstandigheden niet kan worden aangemerkt als onredelijk. Daarbij is nog van belang dat Consument voor het onderbrengen van zijn positie in het aandeel Petroleo Brasileiro bij een andere instelling ruimschoots de tijd geboden kreeg en daar bovendien vier maal op is gewezen.

(iii) Schending informatieplicht

4.4. De Commissie concludeert voorts dat Consument onvoldoende heeft gesteld om aannemelijk te maken dat Aangeslotene een informatieverplichting heeft geschonden. Het verweer van Aangeslotene dat ten tijde van de aankoop van de in het geding zijnde aandelen voor haar nog niet was te voorzien dat tot verwijdering ervan uit haar assortiment zou worden besloten acht de Commissie aannemelijk en, gelet op hetgeen onder 4.3. is overwogen aangaande haar bevoegdheid daartoe, afdoende.

(iv) Passendheidstoets

4.5. Inzake dit klachtonderdeel oordeelt de Commissie dat de passendheidstoets van 4:24 Wft niet van toepassing is bij de zogenaamde eenvoudige beleggingsproducten zoals aandelen die tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten. Daarvan is in dit geval sprake. Een verplichting tot toetsen van de passendheid is in het kader van de onderhavige execution only relatie derhalve niet aan de orde.

4.6. Alles overziende komt de Commissie tot de conclusie dat de klacht op al haar onderdelen ongegrond is en wijst zij de vordering van Consument af. Ten overvloede merkt de Commissie op dat het gestelde verlies niet als een gevolg van het in de klacht genoemde handelen kan worden beschouwd. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van 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 kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.