Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-140
(door mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 1 mei 2019
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 13 februari 2020
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Steepeners uitgegeven door Lehman Brothers. De vordering tot schadevergoeding is verjaard.

1. Procesverloop

De Commissie beslist volgens haar reglement en aan de hand van de ingediende stukken, te weten de klacht met bijlagen en aanvullingen, de brief van de bank van 18 september 2019 en de brieven van Consument van 29 september en 3 november 2019.

De Commissie stelt vast dat dit geschil zich leent voor verkorte behandeling als bedoeld in artikel 32 van haar reglement.

2. Feiten

2.1 Consument heeft in 2005 een beleggingsrekening bij de bank geopend. Op deze rekening heeft hij aanvankelijk belegd volgens het concept Rabo Select Beleggen, waarbij hij belegde voor eigen rekening en risico, maar desgewenst door de bank werd geadviseerd. Enige tijd later, in elk geval voor medio 2009, is de relatie omgezet in execution only.

2.2 Overgelegd is een portefeuilleoverzicht gedateerd 21 februari 2006. Daaruit blijkt dat Consument op die datum voor een nominaal bedrag van € 50.000,- Lehman Brothers Steepeners (hierna: de steepeners) in portefeuille had.

2.3 In oktober 2008 is Lehman Brothers Treasury Co. B.V., de emittent van de steepeners, failliet verklaard.

2.4 Bij brief van 28 december 2012 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) Wij willen u informeren over de ontwikkelingen in het faillissement van Lehman. (…) De curatoren (…) hebben een faillissementsakkoord opgesteld. Hierin wordt het vervolg van het faillissement beschreven. Ook de gevolgen van het faillissement voor uw obligatie zijn erin opgenomen. Het faillissementsakkoord (…) kunt u vinden op [website]. U kunt over dit akkoord stemmen. Met het uitbrengen van uw stem wordt uw positie ook aangemeld als onderdeel van het faillissement. Het faillissementsakkoord staat los van een eventuele claim die u in de Verenigde Staten heeft ingediend. (…) 2 De curatoren hebben elke lening een waardering gegeven. De obligatie waar u in belegt is gewaardeerd op 66,3711%. Bij een uitkering zal deze waardering de basis zijn voor de uitkeringen die eventueel nog zullen volgen. (…)"

2.5 In zijn e-mail van 3 januari 2013 heeft Consument bij de bank geklaagd:

"(…) Ik heb net mijn stem uitgebracht inzake het faillissementsakkoord (…). Uiteraard is er weinig keus en zullen we er maar op moeten vertrouwen dat de waardering van mijn obligaties redelijk is. Ik heb natuurlijk geen flauw idee omdat ik volstrekt geen inzicht in de berekeningen heb. Eigenlijk grenst het aan het ongelooflijke dat curatoren, advocaten en bankiers nog steeds menen dat de mensen het allemaal maar moeten vertrouwen. Maar dat terzijde. Dat er nu een ontknoping nadert, triggerde wel weer het e.e.a. bij mij. De (…) affaire is bij mij nog steeds 'een open wond'. Ik heb daarom een paar opmerkingen/vragen:
1. Ik ben er niet helemaal gerust op dat de (…) opgelopen rente (…) in mijn Lehman claim (…) is 'geland'. In het (…) door de Rabo voorgedrukte/geadviseerde claimbedrag was de rente onterecht niet opgenomen. Ik heb dat dus destijds zelf (…) in mijn claim opgenomen. Ik heb destijds alleen bevestiging ontvangen (…) dat de claim in goede orde was ontvangen (…). Verder nooit meer iets gehoord.
2. (…) Rabo heeft gefaald in haar zorgplicht (…) - indienen van claim: Rabo was in het (…) claimbedrag de rente vergeten
- geen formele bevestiging van ontvangst van de claim en claim-bedrag - nooit enig bericht over voortgang van faillissement (…)
- nu pas weer een bericht over faillissementsakkoord, maar nog steeds geen uitleg over hoe dit werkt en wat we nu gaan krijgen aan uitkering. (…)
- en mijn grootste grief is natuurlijk dat de Rabo (bij monde van de CEO in de NRC) er prat op ging dat (…) zij haar belangen tijdig uit Lehman had teruggetrokken (…).
3. Een kennis van me heeft al twee uitkeringen (…) op zijn (…) Steepeners ontvangen in 2012. Is te verklaren hoe dat kan. Het faillissementsakkoord betreft toch alle series?
4. Ik lees (…) dat ik voor een (…) uitkering Euro 11,- aan kosten ga betalen. (…) een gotspe. - Rabo adviseert om te investeren in deze 'troep'. (…) een waardeloos advies. Ik denk niet dat ik had meegedaan als ik bijvoorbeeld had geweten dat Lehman al bijna 4000 series van dit soort obligaties had lopen (…). (…) - Rabo haalt zelf zijn geld tijdig uit Lehman (…) en zwijgt tegen haar cliënten. - Rabo informeert de Lehman slachtoffers (…) niet of nauwelijks en doet dus totaal geen nazorg. (…)"

In antwoord op deze klacht heeft de bank gemaild:

"(…) In het faillissement (…) is het toegelaten bedrag voor deze lening bepaald op (…) 66,37%. Dat impliceert, dat (…) iedere € 1.000 hoofdsom (en rente) is herleid tot een erkende vordering (…) van € 663,70.
(…) Wij hebben in 2012 onze onvrede uitgesproken over de behandeling van en de rekenmethodiek aangaande (…) steepeners (…), maar ondanks ons schrijven (…) was de curator niet gevoelig voor onze argumenten. Wij waren daar zeer teleurgesteld over, maar we kunnen daar helaas niets aan veranderen.
LBT (de Nederlandse entiteit (…)) doet de eerste uitkering (…) op 8 mei. Kort na deze datum zal op de obligaties een uitkering worden gedaan (…) via de banken waar de stukken in depot zijn. Voor deze lening zal dat (…) neerkomen op circa 12,1% (…) vermenigvuldigd met de erkende vordering (…) ad € 663,70. Dat komt (…) neer op ongeveer 8% van de oorspronkelijke hoofdsom. LBT zal naar gelang er bedragen worden ontvangen, vervolguitkeringen (…) verrichten, de eerste waarschijnlijk in (…) oktober 2013.
De afwikkeling van het faillissement staat (…) 'los' van de faillissementsafwikkeling van LBHI (…). Alle klanten die op het faillissementsmoment (…) stukken bezaten uitgegeven door LBT (…) en hun stukken hebben aangehouden, hebben een beroep kunnen doen op de garantie van (…) LBHI. In dat kader heeft (…) Rabo (…) klanten formulieren voor het indienen van claims doen toekomen. Als die formulieren naar tevredenheid van de (…) curatoren/ uitvoeringsorganisatie Epiq) zijn ingevuld en tijdig (…) ontvangen, dan zijn er in een later stadium (…) bevestigingen van Epiq naar het huisadres van de (…) claimende partij (…) gestuurd. (…) Naar aanleiding van alle erkende vorderingen (…) zijn er twee uitkeringen verricht in 2012, gevolgd door een derde uitkering in 2013.
Hieronder gaan we (…) in op (…) uw brief:
Met een overweldigende meerderheid is het akkoord door de crediteuren geaccepteerd en het geheel is bekrachtigd door de rechter-commissaris. Wij begrijpen de onvrede over de berekeningen (…), maar daar valt helaas (…) niets aan te veranderen.
Wij begrijpen uw opmerking over de opgelopen rente. De curatoren achten dat verdisconteerd in hun berekeningen (…). De rente is niet 'vergeten', de banken zijn (…) door de curatoren (…) voor voldongen feiten gesteld. Aangaande 'geen formele bevestiging van ontvangst van de claim en claim-bedrag' hebben wij geen idee of dit gaat over de claim zoals kon worden ingediend (…) bij LBHI of de recente (…) berichtgeving door LBT in aanloop naar de eerste liquidatie-uitkering. Op specifiek verzoek is er door ons wel uitleg gegeven over de ontwikkelingen in het (…) faillissement. (…)
U rept over de twee uitkeringen (…) die een kennis (…) zou hebben ontvangen. Dat is correct, in 2012 zijn omstreeks april en oktober uitkeringen gedaan, in totaal neerkomend op ruwweg 6% van de oorspronkelijke hoofdsom. Deze uitkeringen zijn gedaan op de eerder (…) erkende claims in het faillissement van de Amerikaanse moeder LBHI. (…) De uitkeringen kwamen dus van Epiq/LBHI en niet van LBT. Heeft de klant dergelijke uitkeringen niet ontvangen dan wijst dat bijvoorbeeld op een verhuizing (…) of (…) niet tijdig en op de juiste wijze (…) indienen van de claim (…). (…)"

2.6 Bij brief van 18 februari 2019 heeft de bank aan Consument geschreven:

"(…) De curatoren (…) zijn een ontmantelingsprocedure gestart. Dit betekent dat u een finale uitkering (…) gaat ontvangen. Deze wordt verwacht op 2 mei 2019 (…)

De uitkering bestaat uit de verkoopopbrengst van de claim op LBHI (…) en (…) andere claims (…). De opbrengst (…) wordt samen met de contante opbrengst van de (…) boedel uitgekeerd: de finale uitkering.
U kunt ook kiezen voor niet deelnemen. In dat geval ontvangt u geen finale uitkering maar wel een kleinere uitkering op basis van de liquidatie-uitkering op LBHI. (…) Indien u voor deze optie kiest worden de bestaande Lehman Brothers Treasury leningen omgezet naar een enkele nieuwe Substitute Note. Voor elke obligatie zal een aparte omwisselverhouding (…) bepaald worden door de curatoren. (…) Over de verhandeling en de verdere afwikkeling van deze Substitute note is nog niets bekend.
Wilt u de finale uitkering ontvangen? Dan hoeft u niets te doen. Als u uw obligatie wil laten omzetten naar de Substitute note dan kunt u uw instructie tot (…) 11 maart 2019 (…) doorgeven (…). (…)
Wanneer u (…) zelfstandig belegt via Rabo Zelf Beleggen kunt u voor (…) vragen contact opnemen met het Servicecentrum Beleggen (…)."

2.7 In zijn brief van 12 maart 2019 heeft Consument aan de bank geschreven:

"(…) Eind februari ontving ik (…) een bericht over mijn belegging in Lehman Brothers Steepeners. Het bericht gaat over het 'voorstel tot ontbinding'.
Het daaraan voorafgaande bericht (…) was alweer van 28 /12/2012 en betrof het verzoek om in te stemmen met het faillissementsakkoord en het eerste bericht (…) was het verzoek om mijn faillissementsclaim formulier in te vullen (21/9/2009). Drie berichten in 11 jaar over een door de Rabo geadviseerde belegging in een bedrijf dat aan de basis stond van een wereldwijde financiële crisis (…) waarvan de afwikkeling van het faillissement meer dan 10 jaar in beslag heeft genomen (…).
Nu het faillissement (…) afronding nadert vind ik het tijd om mijn grieven neer te leggen in deze formele klacht. De "Lehman" wond is bij mij nl. nog lang niet geheeld, en de hele gang van zaken is voor mij typerend voor hoe banken nog steeds denken en werken. (…)
Mijn klachten (…) zijn de volgende:
1. Klacht ten aanzien van het advies om te investeren in Lehman Steepener (…) (…) dit product (…) werd 'doorgeschoven' naar cliënten (…) om commissie te verdienen. Daar is geen (…) eigen onderzoek of beoordeling aan voorafgegaan (…)
2. Klacht ten aanzien van het feit dat er geen verkoopadvies kwam: Kort na het faillissement (…) stond de toenmalige CEO (…) met een paginagroot interview in de NRC (…). In dat interview gaat [naam] er prat op dat de Rabo haar belangen in Bear Stearns en Lehman tijdig had afgebouwd. (…) Ik vind het onvoorstelbaar dat de Rabo haar cliënten, die nota bene op advies van de Rabo (…) hadden geïnvesteerd in Lehman niet op de hoogte heeft gesteld en niet tijdig (…) geadviseerd om te verkopen. (…)
3. Klachten ten aanzien van het herhaaldelijk niet voldoen aan de zorgplicht: Op geen enkel moment voor -, tijdens - of na het faillissement heeft Rabo de moeite genomen om haar cliënten - die immers op haar advies hadden geïnvesteerd - te informeren (…). Als belegger moesten we het doen met algemene informatie uit de media. (…) totale stilte vanuit de Rabo.

Terwijl (…) klanten voor (…) vele miljoenen gedupeerd waren door deze Rabo adviezen. Want zeg nou zelf: wie als gewone particuliere belegger was er nou uit zichzelf op gekomen om in dit soort "perpetual steepeners" te gaan investeren? (…) Ik kreeg pas voor het eerst iets van de Rabo te horen toen de formele claim via de Rabo moest worden ingediend bij de curator (sept 2009); Rabo had het (…) bedrag (…) aangegeven, maar was de opgelopen rente - in mijn geval $ 4.844,- vergeten (…).
Na het indienen van mijn claim: wederom totale stilte (…). In mei 2010, pas nadat ik er om had gevraagd, kreeg ik bevestiging (…) dat mijn claim (…) in behandeling was genomen. Ook dit vind ik buitengewoon slordig (…). (…) mijn claim bedroeg $ 75.599,-. (…)
De tweede correspondentie/informatie (…) betrof een korte uitleg over het voorgestelde faillissementsakkoord waarin werd medegedeeld dat mijn lening op 66,371% werd 5 gewaardeerd en dat ik voor of tegen dit akkoord kon stemmen. Geen enkele uitleg over hoe zo'n waardering berekend is, noch (…) hoe mijn belangen (…) worden gewaarborgd. (…) Wel was de mogelijkheid om nadere vragen te stellen, hetgeen ik heb gedaan. Tegelijk heb ik toen reeds mijn ongenoegen (…) laten blijken. (…). (…)
In die mail (…) gaf ik al aan: "eigenlijk grenst het aan het ongelooflijke dat curatoren, advocaten en bankiers nog steeds menen dat de mensen het allemaal maar moeten vertrouwen".
En met de vorige week ontvangen (…) brief (…) constateer ik dat het gewoon door blijft gaan.
In deze brief (…) wordt melding gemaakt van een voorstel tot ontbinding. De finale uitkering komt er eindelijk aan (…). Een bedrag wordt echter niet genoemd. Maar (…) "ik kan ook kiezen voor niet deelnemen". Ik krijg dan "een kleinere uitkering op basis van de liquidatie uitkering op LBHI". Hoeveel kleiner wordt niet gezegd. Daarnaast krijg ik dan "een substitute note waarvan de verhandeling en verdere afwikkeling nog niet bekend is".
Zegt u nou zelf: dit is toch complete non informatie ! Ik mag kiezen uit twee onbekenden en moet het allemaal (…) maar vertrouwen. De Rabo heeft (…) niet de moeite genomen zich echt te verdiepen in wat er nu voor ligt. Er wordt mij een keuze voorgelegd op basis van non-informatie. (…)
(…) samenvattend heb ik dus de volgende klachten:
- Aankoop advies niet onderbouwd en voorzien van onvolledige informatie
- Misleidende/onvolledige informatie over 'ten allen tijde op de markt te verkopen instrumenten'
- Geen verkoopadvies (…) terwijl de Rabobank wist dat het mis zou gaan (…)
- Geen enkele proactieve informatievoorziening over (…) faillissement en faillissementsproces; (…)
- Verkeerde claim bedrag opgegeven; (…) - Geen bevestiging van ontvangst claim; (…)
- Veel te summiere uitleg bij faillissementsakkoord, een keuze voorleggen op basis van veel te weinig informatie; (…)
- Voorstel tot ontbinding, voorleggen van een keuze op basis van non-informatie (…). (…)"

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert dat de bank wordt veroordeeld tot schadevergoeding. In het klachtformulier heeft hij vermeld dat de schade € 40.000,- bedraagt.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat de bank ten tijde van het aankoopadvies, maar ook in de periode daarna, zowel voorafgaand aan het faillissement als tijdens de afwikkeling daarvan, in strijd met haar zorgplicht heeft gehandeld. Ter onderbouwing stelt hij:

(a) De bank heeft het advies tot aankoop van de steepeners niet onderbouwd en hem van onvolledige informatie voorzien;
(b) De bank heeft misleidende en onvolledige informatie verstrekt door de steepeners te presenteren als te allen tijde verhandelbaar.
(c) Er is geen verkoopadvies gegeven terwijl de bank wist dat het misging.
(d) De informatievoorziening over het faillissement en het faillissementsproces was niet proactief.
(e) Bij indiening van de claim in het faillissement heeft de bank een verkeerd bedrag vermeld.
(f) De bank heeft, na indiening van de claim in het faillissement, geen ontvangst-bevestiging gestuurd.
(g) De uitleg van faillissementsakkoord was veel te summier. Daardoor moest Consument een keuze maken op basis van veel te weinig informatie.
(h) Ook in de brief van 18 februari 2019 – over de mogelijkheid van een slotuitkering en de ontmanteling (ontbinding) van Lehman Brothers – heeft de bank te summiere informatie verstrekt zodat Consument een keuze moest maken op basis van te weinig informatie

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

4. Beoordeling

Kern van de klacht

4.1 Kern van de klacht is dat Consument schade heeft geleden doordat de bank ten tijde van het aankoopadvies, maar ook daarna, zowel voorafgaand aan het faillissement als tijdens de afwikkeling van het faillissement, in strijd met haar zorgplicht heeft gehandeld. De gewraakte gedragingen van de bank zijn weergegeven in 3.2 hiervoor onder (a) tot en met (h).

Beroep op verjaring

4.2 De Commissie zal moeten beoordelen of in deze zaak schadevergoeding kan worden toegewezen. Bij deze beoordeling is van belang dat de bank aanvoert dat de vordering tot schadevergoeding is verjaard.

Dit beroep op verjaring zal eerst worden beoordeeld omdat, als dit verweer slaagt, de Commissie niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering.

4.3 Voor de vordering tot schadevergoeding geldt op grond van artikel 3:310 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) een verjaringstermijn van vijf jaar. Beginpunt van deze termijn is de dag na die waarop de benadeelde bekend wordt met de schade en de aansprakelijke persoon. Beoordeeld moet daarom worden wanneer Consument bekend is geworden met de schade en de aansprakelijke persoon.

4.4 De Commissie zal eerst beoordelen wanneer Consument bekend was met de aansprakelijke persoon. Hiervoor is van belang dat Consument zich bij e-mail van 3 januari 2013 bij de bank heeft beklaagd over het advies tot aankoop van de steepeners en een reeks van andere gedragingen van de bank. Daaruit kan worden afgeleid dat Consument destijds bekend was met de bank als aansprakelijke persoon.

4.5 Beoordeeld moet ook worden wanneer Consument bekend is geworden met de schade. In dit verband voert Consument aan dat de schade pas recent onomstotelijk bekend is. Hij stelt dat de bank, tijdens de tienjarige afwikkeling van het faillissement, nooit schattingen heeft gemaakt van de duur van de afwikkeling of de uitkomst en zelfs in haar laatste brief van 18 februari 2019 geen schatting van de schade gaf. Ook stelt Consument dat hij verwachtte dat er geen schade zou zijn omdat de einduitkering enorm zou meevallen, waarbij hij opmerkt dat ook in het faillissement van DSB grote groepen investeerders uiteindelijk ook al hun geld hebben teruggekregen.

4.6 Volgens vaste rechtspraak moet echter gerekend worden vanaf het tijdstip waarop het Consument duidelijk was dat hij schade zou lijden. Doorslaggevend is daarom de brief van de bank van 28 december 2012 met de mededeling dat de steepeners in het faillissementsakkoord worden gewaardeerd op (afgerond) 66%, waarop Consument in zijn e-mail van 3 januari 2013 uitvoerig heeft gereageerd. Uit deze brief en e-mail, in onderlinge samenhang, leidt de Commissie af dat Consument destijds ermee bekend was dat hij schade leed op de steepeners, in die zin dat hij waarschijnlijk maar een deel van de aankoopsom uitgekeerd zou krijgen. Op 3 januari 2013 was er dus sprake van bekendheid met de schade in de zin van artikel 3:310 lid 1 BW. De conclusie is dat de verjaringstermijn (mogelijk eerder, maar in elk geval) in januari 2013 is gaan lopen.

4.7 Beoordeeld moet worden of de verjaringstermijn is verstreken. Zoals hiervoor overwogen bedraagt de verjaringstermijn vijf jaar en is deze in 2013 gaan lopen. Op grond van artikel 3:316 en 317 BW kan de benadeelde het verstrijken van een verjaringstermijn voorkomen door zijn vordering in een procedure aan een rechter voor te leggen of door de wederpartij een aanmaning of andere mededeling te zenden waarin hij zijn recht op nakoming voorbehoudt. Het is niet gebleken dat Consument tijdig zulke maatregelen heeft genomen in de vijf jaar na aanvang van de verjaringstermijn.

4.8 Consument heeft aangevoerd dat het beroep op verjaring geen rol speelt bij zijn klacht over de brief van 18 februari 2019 – over de mogelijkheid van een slotuitkering en de ontmanteling (ontbinding) van Lehman Brothers – waarin de bank, aldus Consument, hem een keuze voorlegde op basis van te weinig informatie. Aan Consument kan worden toegegeven dat deze gedraging van de bank van veel recenter datum is dan de overige gedragingen vermeld in de e-mail van 3 januari 2013. Voor de beoordeling van het beroep op verjaring maakt dit echter geen verschil. Voor de vraag of de vordering is verjaard is immers bepalend, zoals hiervoor overwogen, op welk tijdstip Consument bekend werd met de schade en de aansprakelijke persoon. Hiervoor is geconstateerd dat daarvan reeds sprake was in januari 2013.

4.9 Dit betekent dat vordering tot schadevergoeding is verjaard. De vordering van Consument zal daarom worden afgewezen.

4.10 Hoewel de vordering verjaard is gaat de Commissie ten overvloede in op de kern van de klacht, te weten dat het advies tot aankoop van de steepeners ondeugdelijk was. Afgaande op de stukken vond deze aankoop plaats in de periode 2005 – 2006 (in elk geval voor 21 februari 2006). Volgens de huidige wettelijke eisen moet een beleggingsadvies aansluiten bij de financiële positie, kennis en ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de klant. De bank heeft aangevoerd dat – voor zover zij kon nagaan in de nog voorhanden stukken – de steepeners op de genoemde punten aan het profiel van Consument voldeden. Evenmin blijkt uit de stukken dat het advies tot aankoop van steepeners alleen gebaseerd was op de rating van de uitgevende instelling zoals Consument heeft gesteld. Verder is het feit dat Lehman Brothers na de aankoop van de steepeners op een onverwacht moment failliet ging een omstandigheid die niet aan de bank wijten is. Dat een ondeugdelijk advies is gegeven is daarom niet komen vast te staan.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

Deze beslissing is genomen in een verkorte procedure als bedoeld in artikel 32 van het Reglement. De uitspraak heeft daarom 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.