Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-231
d.d. 16 juli 2013
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en J.C. Buiter, leden, en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

Ten aanzien van het klachtonderdeel dat Aangeslotene zich schuldig heeft gemaakt aan beïnvloeding van de markt overweegt de Commissie dat Aangeslotene in haar functie van uitgevende instantie verplicht was een markt in stand te houden voor het betreffende product. Een klacht daarover valt buiten de competentie van de Commissie.
Voor wat betreft het klachtpunt dat Aangeslotene Consument niet zorgvuldig heeft geadviseerd oordeelt de Commissie dat er geen grond is aan te nemen dat het advies van Aangeslotene niet heeft voldaan aan de voor haar geldende standaard.

Consument,

tegen

Coöperatieve Rabobank Hilversum Vecht en Plassen U.A., gevestigd te Hilversum, 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 26 maart 2012 met bijlagen;
- 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.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 30 januari 2013 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Partijen hebben op 22 augustus 2002 een overeenkomst voor een beleggersrekening gesloten en zijn op diezelfde datum tevens een overeenkomst voor een effecten-rekening aangegaan.

2.2. Op 2 februari 2005 heeft Aangeslotene Consument een beleggingsadvies gegeven dat een voorstel tot aanpassing van diens bestaande portefeuille inhield. In dat advies is onder meer het volgende opgenomen:

"Beschrijving van de uitgangspunten voor portefeuille
Bij elke beleggingsbeslissing vormen de onderstaande uitgangspunten, zoals tijdens ons gesprek naar voren gekomen, de leidraad. De uitgangspunten zijn achtereenvolgens:

- beleggingsdoel:	U wenst uw vermogen, naast direct inkomen, door de tijd te laten groeien; met andere woorden: uw beleggingsdoel is zowel inkomen als vermogensgroei.
- beleggingshorizon:	U heeft aangegeven dat u het totale vermogen niet direct ter beschikking hoeft te hebben.
- doelrisicoprofiel:	U heeft aangegeven dat het doelrisico "defensief" het best aansluit bij uw beleggingswensen.
- ervaring:	U heeft een gemiddelde ervaring met beleggen.
- wijze van adviseren:	U geeft de voorkeur aan het beleggen in overleg met uw adviseur."

2.3. Ten aanzien van de inrichting van de portefeuille heeft Aangeslotene het volgende in het voorstel opgenomen:

"De portefeuille wordt ingericht volgens ons profiel "defensief" met de volgende verdeling:

Huidige verdeling		Voorstel verdeling Aandelen	
Obligaties	60,10%	Obligaties	80,00%
Kas	39,90%	Kas	20,00%
Totaal	100,00%	Totaal	100,00%"

2.4. Voorts heeft Aangeslotene voorgesteld een aantal op dat moment in de portefeuille aanwezige leningen te verkopen en onder meer voor een bedrag van € 30.000 nominaal in te schrijven op de Rabo Asset Backed Rente Plus Obligatie (hierna tevens te noemen: ABRPO) waarbij zij heeft verwezen naar "bijgevoegde info".

2.5. De brochure van de Rabo Asset Backed Rente Plus Obligatie bevat onder meer de volgende informatie:
"Kenmerken van de Asset Backed RentePlus Obligatie

- Variabele coupon gekoppeld aan de 7-jaars Euro Swaprente
- Volledig profiteren van stijgende rente
- Rentebetaling per kwartaal
- Keuze uit de twee hoogste ratingscategorieën (AAA of AA)
- Looptijd circa 7 jaar
- Bescherming tegen rentedaling door een minimumcoupon

(…) De Asset Backed Obligatie is gestructureerd met behulp van kredietderivaten ('credit default swaps') en bestaat uit een gespreide portefeuille van 30 verschillende ABS's en 10 virtuele CDO's. (...) De hoogte en de terugbetaling van de hoofdsom, evenals de rente zijn niet gegarandeerd door de Rabobank of enige andere partij, maar zijn afhankelijk van de resultaten van zowel de ABS's als de virtuele CDO's in de referentieportefeuille. (…) De hoofdsom inclusief de opgelopen coupon in een bepaalde periode is onderhevig aan krediet-risico. Aflossing van deze hoofdsom vindt plaats zolang de afschrijvingen in de referentie-portefeuille beneden de vooraf vastgestelde buffer blijven. (…)"

2.6. Consument heeft op 10 februari 2005 opdracht gegeven voor de aanschaf van zowel de ABRPO AAA als de AA, voor respectievelijk € 20.000 nominaal en € 15.000 nominaal. Consument heeft de ABRPO AAA op 20 september 2005 verkocht. Consument heeft op 24 januari 2006 voor € 7.000 nominaal ABRPO AA aangeschaft.

2.7. Op 22 maart 2007 heeft Aangeslotene Consument een nieuw beleggingsvoorstel toe-gestuurd. Daarin heeft zij onder "Uw persoonlijke situatie, wensen en doelen" onder meer en voor zover hier van belang opgenomen:

"Uw persoonlijke situatie
- Uw netto vermogen bedraagt € 187.000
- Uw bruto jaarinkomen bedraagt € 0
- Uw te beleggen vermogen bedraagt € 187.000
- Het beleggingsdoel is vrij vermogen
- U bent een ervaren belegger" (…)

Het doelrisicoprofiel 'Neutraal' past het beste bij u. Bij dit doelrisicoprofiel hoort een beleggingshorizon van minimaal 5 jaar. Dit betekent dat u het geld waarmee u wilt beleggen, ten minste 5 jaar niet nodig heeft voor andere doeleinden. Daarnaast streeft u naar een gemiddeld rendement van 6% op jaarbasis. Bij een dergelijke rendementsverwachting hoort een neerwaartse risicoacceptatie in enig jaar van -15%. (…)."

2.8. Met betrekking tot de "Assetmix" heeft Aangeslotene in dit voorstel de volgende aanpassing van de portefeuille geadviseerd:

Assetmix	Huidige portefeuille		Advies	
	(bedrag in €)	(weging in %)	(bedrag in €)	(weging in %)
Aandelen	6.269	16.80	92.769	49.53
Obligaties	24.126	64.66	80.126	42.78
Liquiditeiten	6.917	18.54	14.417	7.70
Overig	0	0.00	0	0.00
Totaal	37.312	100.00	187.312	100.00

2.9. Aangeslotene heeft vervolgens voorgesteld een aantal financiële instrumenten aan te kopen waarbij de ABRPO (voor een bedrag van circa € 20.000) in de portefeuille zou worden aangehouden, volgens het voorstel 11,16% van het totaal uitmakend. Consument heeft niet conform het advies belegd. Consument heeft wel het geadviseerde totaalbedrag belegd.

2.10. Consument heeft op verschillende momenten ABRPO's bijgekocht, waarbij de aanschafkoersen varieerden tussen 81% en 21%. Uiteindelijk heeft Consument in totaal € 97.000 betaald voor de verschillende aankopen, die een gezamenlijke nominale waarde van € 170.000 vertegenwoordigden.

2.11. Consument heeft regelmatig met een medewerker van Aangeslotene contact gehad. In februari 2009 heeft Consument een afspraak met de medewerker in persoon gehad. In verschillende e-mailberichten heeft de betreffende medewerker onder meer het volgende aan Consument geschreven:

Op 8 september 2009:
"In mijn opinie is de kans op een zero uitbetaling nog steeds duidelijk aanwezig en je kunt dus het gedeeltelijke koersherstel ook benutten om afscheid te nemen. Als je alles verdisconteert, de ontvangen rente en de hoofdsomrisico dan kun je beter voor dit geld Royal Dutch Shell kopen, dan heb je ook risico maar wel veel voorspelbaarder."

Op 21 oktober 2009:
"ik begrijp dat je het moeilijk vindt om afscheid te nemen gezien de koers, echter het risico is ook fors toegenomen, dus liever een half ei dan een lege dop."

Op 14 oktober 2010:
"Nogmaals het advies om je positie te beperken was en is ingegeven vanuit het perspectief dat de koers nog steeds kan reduceren naar nul."

2.12. Consument heeft op een nominaal bedrag van € 1.000 na alle ABRPO's verkocht, voor in totaal € 70.000.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, door hem begroot op een bedrag van € 100.000. Dit bedrag bestaat uit het verschil in waarde tussen de nominale waarde van de ABRPO ad € 170.000 en de verkoopwaarde ad € 70.000.

3.2. Consument legt aan zijn vordering ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit hoofde van de overeenkomst dan wel onrechtmatig jegens Consument heeft gehandeld. Daartoe voert Consument kort en zakelijk weergegeven het volgende aan:

(i) Aangeslotene heeft Consument ertoe bewogen de stukken te verkopen om deze zelf op te kopen, waarbij Aangeslotene de prijs heeft kunnen beïnvloeden.

(ii) Aangeslotene heeft onzorgvuldig jegens Consument heeft gehandeld bij de advisering van de ABRPO.

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

4. Beoordeling

4.1. Ter zitting is komen vast te staan dat de klacht van Consument zich toespitst op twee punten, te weten de beïnvloeding van de markt door Aangeslotene en de kwaliteit van het beweerdelijk door Aangeslotene gegeven verkoopadvies.

(i) Beïnvloeding van de markt

4.2. Met betrekking tot het eerste klachtpunt overweegt de Commissie als volgt. Ter zitting heeft Aangeslotene toegelicht dat zij in haar functie van uitgevende instantie verplicht was voor de ABRPO een markt in stand te houden om situaties van onvoldoende liquiditeit te voorkomen. Aangeslotene gaf invulling aan die plicht door het doorlopend voor eigen rekening en risico afgeven van koop- en verkooporders. De Commissie heeft Consument ter zitting voorgehouden dat het onderhouden van deze markt naar haar mening een verplichting was voor Aangeslotene voortvloeiende uit een overeenkomst daartoe met de effectenbeurs. De beoordeling van de wijze van uitvoering van die overeenkomst valt buiten de competentie van de Commissie. Indien de klacht van Consument moet worden begrepen als een betichting van marktmisbruik door Aangeslotene, ligt het op de weg van Consument die klacht in te dienen bij de bevoegde instantie op dit gebied, zijnde de Autoriteit Financiële Markten. Ten overvloede merkt de Commissie op dat Consument niet in had behoeven te gaan op de in het kader van het onderhouden van de markt door Aangeslotene afgegeven prijzen.

(ii) Advies

4.3.1. Inzake het tweede klachtpunt van Consument gaat de Commissie er bij wijze van aanname met Consument van uit dat sprake was van een adviesrelatie en tevens dat Consument door Aangeslotene tijdens het gesprek in februari 2009 en in haar e-mailberichten van 8 september 2009 en 21 oktober 2009 geadviseerd is over te gaan tot verkoop van de in zijn portefeuille aanwezige ABRPO's. In een adviesrelatie geldt dat een belegger zoals Consument zelf verantwoordelijk is voor het beleggingsbeleid en voor de aan- en verkooptransacties binnen de portefeuille. Ook is een belegger in beginsel zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van deze beslissingen, tenzij Aangeslotene adviezen heeft gegeven die een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur niet had mogen geven. Daarmee komt de vraag aan de orde of Aangeslotene het veronderstelde advies had mogen geven. Consument heeft gesteld dat dat niet het geval had mogen zijn en heeft ter onderbouwing van die stelling ter zitting onder meer meegedeeld dat dit blijkt uit het feit dat de verkooptransacties per saldo verlieslatend voor hem zijn geweest.

4.3.2. De Commissie is van oordeel dat een advies moet worden beoordeeld met in achtneming van alle ten tijde van het geven ervan geldende relevante omstandigheden van het geval. Daaruit concludeert zij, dat op dat moment, zoals Aangeslotene heeft gesteld, de mogelijkheid dat het product waardeloos zou aflopen, een reële was. Vanuit dat oogpunt was het verkoopadvies dan ook geen advies dat niet voldeed aan de voor Aangeslotene geldende maatstaf. Een verkoopadvies was gelet op de eenzijdige samenstelling van de portefeuille (nog daargelaten dat Consument elders eveneens vermogen had ondergebracht) van Consument evenmin gebrekkig. Bovendien kon Aangeslotene uit de e-mailberichten van Consument (waarin hij onder meer stelt omwille van de belegging in de ABPRO 'niet best meer' te slapen) redelijkerwijs opmaken dat hij gebaat was bij relatieve rust in de portefeuille, welke door verkoop van de ABPRO en aankoop van bijvoorbeeld aandelen Royal Dutch Shell, zoals Aangeslotene in haar e-mailbericht van 8 september 2009 voorstelde, kon worden bewerkstelligd. Aldus is er voor de Commissie geen grond aan te nemen dat het advies van Aangeslotene niet heeft voldaan aan de voor haar geldende standaard. Dat het product uiteindelijk op 100% is afgelost, doet daar niet aan af. Niettegenstaande het feit dat Aangeslotene een professionele effecteninstelling is, kan ook zij immers de ontwikkelingen in de markt in het algemeen en van specifieke producten zoals ABPRO in het bijzonder niet voorzien, laat staan dat zij ervoor verantwoordelijk kan worden gehouden. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook ongegrond.

4.4. Resumerend is de Commissie van oordeel dat het verlies dat Consument heeft geleden eigen is aan het risico van beleggen en voor zijn rekening moet blijven. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument moet worden afgewezen. 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.