Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-280 d.d. 24 september 2013
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, prof.drs. A.D. Bac RA, J.C. Buiter leden, en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Samenvatting

Execution only. De belegger stelt dat de bank ontoereikende voorlichting heeft gegeven over de perpetual waarin hij heeft belegd. Ook stelt hij dat de bank zijn risicoprofiel onjuist heeft toegepast en voor deze perpetual een te hoog bevoorschottingspercentage heeft gehanteerd (70%). De Commissie is van oordeel dat de voorschriften over informatieverstrekking en de ken-uw-klant-verplichting zijn nageleefd. Verder is niet gebleken dat de belegger schade heeft geleden door het hanteren van een bevoorschottingspercentage van 70%. De vordering wordt afgewezen.

Consument;

en

de naamloze vennootschap Binck Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procedure

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, ontvangen op 12 september 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene; en
- het ter zitting door Consument overgelegde artikel van W.M. Schonewille en D. Smedts met titel 'Informatieplichten en ken-uw-cliënt principes bij execution-only beleggingsrelaties'.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies van de Commissie als bindend zullen aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 28 augustus 2013 en zijn aldaar verschenen:

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument heeft in 2003 een effectenrekening geopend bij Aangeslotene. Hij heeft daartoe in augustus 2003 een cliëntenovereenkomst ondertekend (hierna: de overeenkomst), die voorziet in beleggen op basis van execution only. De Voorwaarden van Aangeslotene maken deel uit van deze overeenkomst. In deze Voorwaarden wordt onder meer vermeld:

> "(…) Obligaties
> Obligaties zijn schuldbrieven van een lening (…). (…)
> Ook een belegging in obligaties draagt risico's met zich mee. De koers van een obligatie is over het algemeen afhankelijk van de rentestand, zodat koersschommelingen kunnen plaatsvinden. Voorts is de gegoedheid van de uitgevende instelling belangrijk. In geval van faillissement van de uitgevende instelling gelden de obligatiehouders als concurrente onverzekerde crediteuren van de uitgevende instelling, tenzij ten behoeve van de obligatiehouder een speciale zekerheid is bedongen (…)."

2.2 Voor het vastleggen van zijn profiel heeft Aangeslotene aan Consument een vragenlijst voorgelegd. Consument heeft daarin onder meer vermeld dat hij al lang belegt en een gemiddeld rendement nastreeft.

2.3 Eind 2004 en begin 2005 heeft Consument via deze effectenrekening voor een bedrag van ongeveer € 1.257.000 (nominaal) belegd in Kommunalkredit Capital I Limited Perpetual Fixed/Floating Rate Capital Notes (hierna: de Notes). Dit product is een eeuwigdurende obligatielening, uitgegeven ter financiering van Kommunalkredit Austria AG.

2.4 In de periode daarna, tot en met augustus 2008, heeft Consument Notes bijgekocht voor een bedrag van € 188.000 (nominaal).

2.5 Aangeslotene heeft aan Consument effectenkrediet verleend. Voor de Notes werd aanvankelijk een bevoorschottingspercentage van 70% gehanteerd.

2.6 In 2005 heeft Consument het merendeel van zijn Notes – namelijk Notes met een bedrag van € 1.147.000 (nominaal) – overgeboekt naar een rekening bij [X] (hierna:[X]).

2.7 Op 9 maart 2007 heeft Aangeslotene aan Consument gemaild:

> "Hierbij informeren wij u graag over de Wet financieel toezicht (Wft). (…)
> Geschiktheidstoets
> Eén van de verplichtingen van de Wft is het toetsen van cliënten op geschiktheid. Het gaat hierbij om het inwinnen van informatie om de geschiktheid te bepalen voor de cliënt van de dienstverlening en de financiële instrumenten waarin belegd kan worden. (…)
> In het kader van deze wet en bijbehorende toetsing, verzoeken wij u om een vragenlijst te beantwoorden. U kunt dit eenvoudig on-line doen via de BinckBank site. Na inloggen verschijnt vanaf heden automatisch de vragenlijst. Ook vindt u de vragenlijst terug onder 'Instellingen' > 'Geschiktheidstoets'. Mocht u de vragenlijst schriftelijk willen invullen, neem dan contact op met een van de medewerkers van onze Klantenservice. (…) De vragenlijst dient uiterlijk 15 april 2007 door u te zijn ingevuld (…)."

2.8 Omdat Aangeslotene van Consument geen ingevulde vragenlijst had ontvangen, heeft zij hem per e-mail nogmaals daarom verzocht:

> "Hierbij informeren wij in het kader van de Wet financieel toezicht (Wft). (…)
> In het kader van deze wet en bijbehorende toetsing, hebben wij u verzocht om een vragenlijst te beantwoorden (…). Volgens onze gegevens heeft u tot op heden niet de vragenlijst ingevuld. Hierdoor is BinckBank niet in staat om te toetsen of onze dienstverlening en de financiële instrumenten waarin kan worden belegd, geschikt zijn voor u. Bij deze waarschuwen wij u dat wij uw geschiktheid voor de execution-only dienstverlening in de

financiële instrumenten waarin bij BinckBank belegd kan worden niet hebben kunnen vaststellen.
U kunt de vragenlijst alsnog eenvoudig invullen door na inloggen te gaan naar Instellingen' > 'Geschiktheidstoets'. Mocht u de vragenlijst schriftelijk willen invullen, neem dan contact op met een van de medewerkers van onze Klantenservice. (…)"

2.9 Consument heeft in antwoord op de laatstgenoemde e-mail geen ingevulde vragenlijst aan Aangeslotene gezonden.

2.10 In de loop van 2008 is de koers van de Notes en de overige effecten van Consument aanzienlijk gedaald. Hierdoor ontstond regelmatig een tekort op de vrije bestedingsruimte. Aangeslotene heeft Consument meermalen verzocht het ontstane tekort aan te zuiveren.

2.11 Op 18 november 2008 heeft Aangeslotene aan Consument gemaild:
"(…) Graag informeren wij u over het volgende. Per heden wijzigt BinckBank de bevoorschotting van het aandeel KOMMUNALKR. VAR% 2004-PERP. De wijziging kan invloed hebben op uw vrije besteedbare ruimte indien u de mogelijkheid tot effectenkrediet heeft (dekkingswaarde effecten) en de aandelen in uw portefeuille heeft. Hieronder vindt u een overzicht van de wijzigingen:
KOMMUNALKR. VAR% 2004-PERP 30% (VAN 70%). (…)"

2.12 Op 24 november 2008 heeft Consument Notes met een bedrag van € 1.131.000 (nominaal) teruggeboekt naar zijn rekening bij Aangeslotene.

2.13 Op 4 februari 2009 heeft Aangeslotene Consument bericht dat zijn rekening een tekort van € 12.933,85 vertoonde op de vrije bestedingsruimte. Vervolgens is gebleken dat het tekort niet kon worden aangezuiverd door verkoop van de Notes en de perpetuele lening van Aegon die Consument ook in portefeuille had, omdat er onvoldoende liquiditeit op de beurs was, zodat het niet mogelijk was deze stukken onmiddellijk en tegen een redelijke prijs te verkopen. Nadat Consument in juli 2009 financiering had verkregen in de vorm van een hypothecaire lening, heeft hij het tekort opgeheven door een bedrag van ongeveer € 150.000 naar zijn effectenrekening over te maken.

2.14 Op 13 maart 2009 heeft Aangeslotene aan Consument gemaild:
"(…) Graag informeren wij u over het volgende. Per heden wijzigt BinckBank het dekkingspercentage van het onderstaande financieel instrument. De wijziging kan invloed hebben op uw vrije besteedbare ruimte indien u de mogelijkheid tot effectenkrediet heeft (dekkingswaarde effecten) en het financieel instrument in uw portefeuille heeft. Hieronder vindt u een overzicht van de wijzigingen:
Kommunalkredit perpetual 0% (van 30%). (…)"

2.15 In september 2010 heeft Kommunalkredit een terugkoopbod gedaan ter hoogte van 25% van de nominale waarde van de Notes. Consument heeft zich via Aangeslotene aangemeld voor dit bod en voor de teruggekochte Notes een bedrag van € 344.250 ontvangen.

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van het verlies op de Notes, begroot op € 1.073.000, met dien verstande dat hij zijn vordering beperkt tot een bedrag van € 1.000.000 in verband met het maximale bedrag vermeld in artikel 27.1 onder (e) van het reglement van de Commissie. Aan deze vordering legt hij ten

grondslag dat Aangeslotene is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de overeenkomst:

I. door geen adequaat onderzoek te doen naar de kenmerken en risico's van de Notes;
II. door hem ontoereikend voor te lichten over de risico's van de Notes en hem ontoereikend daarvoor te waarschuwen;
III. door het product ten onrechte te kwalificeren als obligatie;
IV. door het risicoprofiel onjuist toe te passen;
V. doordat dit product niet passend was en het ontbrak aan voldoende spreiding in de portefeuille; en
VI. door aan de Notes een te hoog bevoorschottingspercentage toe te kennen, dat geen recht doet aan de risico's van het product en het feit dat daarin nauwelijks werd gehandeld.

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

4. Beoordeling

4.1 Tussen partijen heeft een relatie van execution only bestaan. In deze vorm van effectendienstverlening neemt de belegger zelfstandig en zonder voorafgaand advies beleggingsbeslissingen. De beleggingsbeslissing van Consument tot aankoop van de Notes komt daarom in beginsel voor zijn rekening en risico. Dit kan slechts anders zijn als vast komt te staan dat Aangeslotene in strijd met haar zorgplicht tot het correct en tijdig uitvoeren van deze opdracht heeft gehandeld.

Klachtonderdeel I, II en III: ontoereikende voorlichting?

4.2 Consument stelt in de eerste plaats dat Aangeslotene is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht door geen adequaat onderzoek te doen naar de kenmerken en risico's van de Notes. Uit zijn toelichting op de klacht bij de Ombudsman – 'geen (adequaat) onderzoek gedaan naar het financiële product Kommunalkredit (…) perpetual (…) en het op de website voor een ieder gezet als een obligaties zijnde' – leidt de Commissie af dat Consument bedoelt te stellen dat Aangeslotene in gebreke is gebleven bij het in kaart brengen van de kenmerken en risico's van de Notes en dat (mede) daardoor de voorlichting over de Notes ontoereikend is geweest. Ook voor de beoordeling van dit klachtonderdeel zal de Commissie daarom onderzoeken of de voorlichting over de Notes toereikend is geweest; om die reden wordt dit klachtonderdeel tezamen met klachtonderdeel II en III behandeld.

4.3 Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat Aangeslotene is tekortgeschoten bij het voorlichten van Consument. In een relatie op basis van execution only is het immers de belegger zelf die een keuze maakt uit het aanbod van financiële producten; de beleggingsonderneming geeft geen advies en van de belegger wordt verwacht dat hij de noodzakelijke informatie over de voorgenomen beleggingen zelf verzamelt. Verder blijkt uit de stellingen van Consument, zoals toegelicht ter zitting, dat hij zijn beslissing tot aankoop van de Notes heeft genomen op basis van informatie die hij zelf op internet had verzameld en pas na het verzamelen van deze informatie de website van Aangeslotene heeft geraadpleegd; bovendien wordt in de onder 2.1 geciteerde Voorwaarden vermeld dat ook

aan obligaties risico's verbonden zijn, waaronder het risico op koersschommelingen en op faillissement van de uitgevende instelling.

4.4 In dit verband heeft Consument aangevoerd dat de door hem bedoelde informatieplicht mede voortvloeit uit artikel 26 lid 1 aanhef en onder b NR1995, artikel 33 lid 1 onder c NR 2002 en artikel 4:20 Wft jo. artikel 58a lid 1 onder c en 58c lid 1 en 2 BGfo. Dit brengt in het voorgaande geen verandering; de genoemde bepalingen uit de Wft en het BGfo waren nog niet van kracht toen Consument de Notes kocht, terwijl uit de overige door Consument genoemde bepalingen voor een relatie van execution only geen verdergaande informatieplicht voortvloeit dan is weergegeven in overweging 4.3 hiervoor.

4.5 Uit het feit dat de Notes door Aangeslotene als obligatie zijn gekwalificeerd, vloeit naar het oordeel van de Commissie geen aansprakelijkheid voort. Consument heeft immers niet aannemelijk gemaakt dat de wijze waarop Aangeslotene destijds de Notes kwalificeerde, bepalend is geweest bij zijn beslissing tot aankoop van de Notes. Evenmin is Aangeslotene gehouden tot schadevergoeding op de grond dat de Notes door haar zijn aangeduid als 'aandelen' in de e-mail van 18 november 2008. In dat verband acht de Commissie van belang dat de aankoop van de Notes al enkele jaren eerder had plaatsgevonden en dat niet is gebleken dat het gebruik van de term 'aandelen' in deze e-mail een rol heeft gespeeld bij de beleggingsbeslissingen van Consument.

Klachtonderdeel IV en V: toetsing aan het profiel?

4.6 De Commissie constateert dat de Notes in 2004 en 2005 zijn gekocht. De destijds geldende regelgeving – de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 – voorzag voor een relatie van execution only niet in een verplichting tot het toetsen van voorgenomen transacties aan een cliëntprofiel en evenmin in een verplichting tot het weigeren van niet met het profiel strokende transacties. Dit brengt mee dat klachtonderdeel IV (onjuiste toepassing van het risicoprofiel) en klachtonderdeel V (geen passend product en onvoldoende spreiding) ongegrond zijn, voor zover het de ten tijde van de aankoop geldende regelgeving betreft.

4.7 Bij het voorgaande is van belang dat de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) in artikel 4:24 wèl voorziet in een passendheidstoets, die inhoudt dat de financiële onderneming informatie bij de belegger moet inwinnen over diens kennis en ervaring en hem moet waarschuwen als zij op basis van de ingewonnen informatie van mening is dat de financiële dienst niet passend is. Dat Aangeslotene op dit punt is tekortgeschoten, is echter niet gebleken; vast staat immers dat zij Consument op 9 maart 2007 heeft verzocht een vragenlijst in te vullen en dat zij, toen hij daarmee in gebreke bleef, hem heeft gewaarschuwd dat zij bij gebrek aan een ingevulde vragenlijst geen passendheidstoets kon uitvoeren. Gesteld noch gebleken is dat Consument daarna alsnog de vragenlijst heeft ingevuld.

Klachtonderdeel VI: te hoog bevoorschottingspercentage van 70%?

4.8 Verder stelt Consument dat hij schade heeft geleden omdat het aanvankelijk gehanteerde bevoorschottingspercentage van 70% te hoog was.

4.9 Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat Consument schade heeft geleden door het feit dat aanvankelijk een bevoorschottingspercentage van 70% is gehanteerd. Vast staat immers dat Consument in 2005 het merendeel van de Notes heeft overgeboekt naar een effectenrekening bij [X] (zie overweging 2.6 hiervoor); gesteld noch gebleken is dat Consument destijds, dus nog voor de overboeking naar de rekening bij [X],

een dekkingstekort heeft moeten aanzuiveren of anderszins schade heeft geleden die samenhangt met het verleende effectenkrediet. Van belang is verder dat Aangeslotene, nog voordat Consument in november 2008 het merendeel van de Notes terugboekte naar zijn rekening bij Aangeslotene, hem heeft bericht dat het bevoorschottingspercentage werd verlaagd van 70% naar 30%. Daaruit volgt dat het percentage van 70% in de periode na terugboeking in november 2008 niet meer is gehanteerd; in die periode kan dus geen schade zijn ontstaan door het hanteren van een bevoorschottingspercentage van 70%.

Slotsom

4.10 Gezien het voorgaande is niet gebleken dat Aangeslotene gehouden is tot het vergoeden van schade. De vordering van Consument zal daarom worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst als bindend advies de vordering van Consument af.

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.