Uitspraak Commissie van Beroep 2012-11 d.d. 20 april 2012
(prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. A. Bus, drs. P.H.M. Kuijs AAG, mr. A. Rutten-Roos en mr. R.J.F. Thiessen, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Klacht ter zake van advisering bij de aankoop van perpetuele obligaties in 2005 en bij de overdracht van die obligaties, in 2006, door de BV van belanghebbende naar diens privérekening. De obligaties zijn sinds de aankoop sterk in koers gedaald en belanghebbende vordert dat de bank de obligaties van hem overneemt tegen de aanschafprijs. Hij wijst erop dat de obligaties niet passen in zijn beleggingsprofiel en dat hij niet is gewezen zijn op de risico's. De Beroepscommissie verklaart de klacht ongegrond. Belanghebbende had ervaring met beleggen, het ging om slechts 2,8% van het belegde vermogen en hij is wel degelijk naar behoren geïnformeerd. Niet is komen vast te staan dat de bank heeft geadviseerd tot de overboeking naar de privé-rekening.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in beroep

1.1 Belanghebbende heeft bij een op 23 december 2011 gedateerd beroepschrift, op de voet van artikel 43 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening juncto artikel 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (het Beroepsreglement), de beslissing van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) van 8 november 2011 ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Beroepscommissie).

1.2 De bank heeft een op 16 februari 2012 gedateerd verweerschrift ingediend.

1.3 De bank heeft bij brief van 15 maart 2012 nog een productie (productie 12) in het geding gebracht.

1.4 De Beroepscommissie heeft de zaak ter zitting van 19 maart 2012 mondeling behandeld. Belanghebbende heeft zijn beroep toegelicht aan de hand van twee pleitnotities. Het standpunt van de bank is toegelicht aan de hand van een pleitnotitie.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de uitspraak van de Geschillencommissie die aan deze uitspraak is gehecht.

3. Inleiding op de beoordeling van het beroep

3.1 De Beroepscommissie gaat uit van de volgende feiten:

(i) tussen belanghebbende en zijn echtgenote enerzijds en de bank anderzijds is op 7 oktober 2002 een overeenkomst effectendienstverlening op basis van advies gesloten;

(ii) bij brief van 29 juni 2006 bevestigt de bank dat tussen belanghebbende en de bank in een onderhoud van 9 april 2003 is afgesproken dat het bij de bank te beleggen vermogen € 3.800.000 is, dat als uitgangspunt voor de beleggingen van belanghebbende onder meer geldt dat de beleggingsdoelstelling van belanghebbende de pensioenvoorziening is, dat belanghebbende veel ervaring heeft met beleggen en dat hij bereid is een rendementsrisico te lopen maar slechts in zeer geringe mate een hoofdsomrisico; afgesproken is voorts dat belanghebbende bij zijn beleggingen gebruik zal maken van portefeuillemodel I; dit betekent, aldus de bank in genoemde brief, dat globaal een verdeling van de beleggingen zal worden nagestreefd van 54% obligaties en 46% liquiditeiten, dus geen aandelen en/of onroerend goed;

(iii) portefeuillemodel I wordt door de bank gekwalificeerd als zeer defensief;

(iv) belanghebbende belegde bij de bank zowel via zijn beheermaatschappij (hierna: de BV), als privé;

(v) op 6 juni 2005 heeft de BV op telefonisch advies van de bank voor een totaalbedrag van € 75.000,- perpetuele obligaties gekocht, en wel voor € 50.000,- VAR Depfa Funding III 05 en voor € 25.000,- 7% Deutsche Bank Cap Fund 05 (hierna tezamen: de obligaties);

(vi) op de dag van de aankoop is door de bank aan belanghebbende schriftelijke informatie toegezonden, respectievelijk de Securities Description op Reuters voor de Depfa obligaties en de Term Sheet voor de obligaties van de Deutsche Bank;

(vii) in de periode na 6 juni 2005 is de koers van de obligaties gedaald; op 3 november 2005 heeft belanghebbende zich daarover bij de bank beklaagd; na advies van de bank heeft belanghebbende besloten niet tot verkoop over te gaan;

(viii) in 2006 is de koers van de obligaties verder gedaald; in augustus 2006 heeft belanghebbende zich daarover wederom beklaagd; overleg tussen de bank en belanghebbende heeft er toen toe geleid dat de bank heeft toegezegd een vergoeding te betalen die was gebaseerd op het verschil tussen de koersen van de obligaties op 3 november 2005 en op 24 augustus 2006;

(ix) de berekening van die vergoeding (€ 2.610,-; dat is de helft van het door de bank becijferde verlies) is door de bank per e-mail van 13 oktober 2006 aan belanghebbende toegezonden;

(x) na betaling van de vergoeding heeft de BV de obligaties overgedragen aan

belanghebbende privé;

(xi) op 18 april 2008 heeft belanghebbende zich opnieuw bij de bank over koersdaling van de obligaties beklaagd.

3.2 De klacht van belanghebbende houdt in dat de bank jegens hem is tekortgeschoten in haar zorgplicht door tot de aankoop van de obligaties te adviseren. De vergoeding die de bank in oktober 2006 heeft betaald wordt volgens belanghebbende door de bank ten onrechte gezien als betaling uit hoofde van een schikking, ter finale kwijting van de bank. Voorts geldt, aldus de klacht van belanghebbende, dat de verkoop van de obligaties door de BV aan belanghebbende in privé, in oktober 2006, is geschied op advies van de bank. Belanghebbende stelt dat hij door het tekortschieten van de bank schade heeft geleden. Hij vordert dat de bank de obligaties van hem overneemt tegen betaling van de oorspronkelijke aanschafprijs, met aftrek van de in oktober 2006 betaalde vergoeding.

3.3 De bank verweert zich door erop te wijzen dat belanghebbende door het aanvaarden van de vergoeding in oktober 2006 afstand heeft gedaan van zijn recht om te klagen ter zake van de aanschaf van de obligaties door de BV in juni 2005. Bovendien heeft belanghebbende, na ontvangst van de vergoeding, twee jaar gewacht voordat hij opnieuw zijn kritiek uitte over het aankoopadvies. Volgens de bank heeft belanghebbende door zo lang te wachten zijn recht tot klagen verwerkt. Ook staat artikel 10 lid 1 van het Reglement Geschillencommissie eraan in de weg dat belanghebbende klaagt over feiten die in een zo ver verleden liggen. Daar komt bij dat de bank, zo betoogt zij, belanghebbende bij de aanschaf wel degelijk naar behoren heeft geadviseerd. De bank betwist dat zij, na de bereikte overeenstemming over de vergoeding (de bank spreekt van een "schikking") heeft geadviseerd de obligaties over te dragen van de BV naar belanghebbende privé. Voor de schade die na die overdracht is ontstaan kan de bank derhalve niet aansprakelijk worden gehouden. Belanghebbende hield de obligaties aan en accepteerde welbewust de aan de obligaties verbonden risico's.

3.4 De Geschillencommissie overweegt dat belanghebbende geldt als een consument in de zin van het Reglement van de Geschillencommissie en dat hij tijdig heeft geklaagd, zodat hij in zijn klacht kan worden ontvangen. Zij overweegt voorts dat belanghebbende geacht moet worden ten tijde van het betalen van de vergoeding voldoende op de hoogte te zijn geweest van de kenmerken en de risico's van de obligaties. Zij baseert dit enerzijds op de opgetreden koersdalingen en het tussentijds overleg dat tussen de bank en belanghebbende daarover heeft plaatsgehad en anderzijds op de informatie die aan belanghebbende is verstrekt bij de aanschaf van de obligaties. De Geschillencommissie gaat er vanuit dat de overboeking van de obligaties door de BV naar belanghebbende in

privé, op eigen initiatief van belanghebbende heeft plaatsgevonden. Belanghebbende heeft de obligaties vanaf de betaling van de vergoeding op eigen risico aangehouden en kan de bank derhalve niet meer aanspreken over de advisering dan wel over opgetreden koersdalingen. De Geschillencommissie wijst, als bindend advies, de vordering af.

4. Beoordeling van het beroep

4.1 Belanghebbende betoogt in beroep dat de bank wel degelijk is tekortgeschoten bij de advisering ter zake van de aankoop van de obligaties in juni 2005. Volgens hem ging het om mondelinge advisering per telefoon, werden de stukken ten zeerste aanbevolen en is hij afgegaan op de kennis van de bank. De desbetreffende schriftelijke informatie is hem pas toegezonden nadat de koop had plaatsgevonden. Bovendien waren deze stukken voor hem niet begrijpelijk, aangezien zij in Engelse vaktaal waren gesteld. Een in het Nederlands geschreven prospectus was niet beschikbaar. Ook in de periode na de aankoop is belanghebbende, zo voert hij aan, door de bank op geen enkele wijze gewezen op de grote risico's die kleven aan het aanhouden van de stukken. Dat de koersen daalden was voor belanghebbende wél een reden om te klagen, maar dit betekent niet dat belanghebbende daardoor op de hoogte was van de kenmerken en risico's van de obligaties. Belanghebbende blijft erbij dat de overboekingen van de obligaties naar belanghebbende in privé, in oktober 2006, niet op zijn initiatief, maar op voorstel van de bank zijn gedaan. Belanghebbende wijst daartoe op een e-mail en op de van de bank afkomstige notities naar aanleiding van enkele telefoongesprekken, die hij als bijlage bij zijn beroepschrift heeft gevoegd.

4.2 Wat betreft de advisering bij de aankoop van de obligaties in juni 2005, is de Beroepscommissie van oordeel dat de bank niet is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens belanghebbende. Door belanghebbende te attenderen op de obligaties, met hem per telefoon de bij de bank voorhanden zijnde schriftelijke informatie door te nemen en hem te adviseren de obligaties door de BV te doen aanschaffen, heeft de bank in de gegeven omstandigheden gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beleggingsadviseur mag worden verwacht. Bij dit oordeel neemt de Beroepscommissie in aanmerking dat belanghebbende ervaring had met beleggen, dat hij, door een eerdere aanschaf, bekend was met het product "perpetuals", dat het te dezen ging om obligaties met een A-rating en dat het bedrag waarvoor deze werden aangeschaft slechts 2,8% van het totaal door belanghebbende bij de bank belegde vermogen bedroeg.

4.3 De Beroepscommissie is voorts van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de bank, nadat zij in oktober 2006 de meergenoemde vergoeding had betaald, belang-hebbende heeft geadviseerd de obligaties over te dragen van de BV naar belang-

hebbende in privé. Anders dan belanghebbende betoogt, volgt zulks niet uit de door belanghebbende als bijlage 4, 5 en 17 bij zijn beroepschrift overgelegde stukken. Bijlage 4 is een verslag van een telefoongesprek op 12 juli 2006 tussen belanghebbende en de bank, waarin staat vermeld "wellicht gaat hij overboeken". Bijlage 17 betreft het verslag van een telefoongesprek op 10 oktober 2006. Hierin staat vermeld "afgesproken dat wij de helft vergoeden en dat de twee perpen overgeboekt worden". Bijlage 5 is een e-mail van de bank aan belanghebbende van 13 oktober 2006. Hierin staat "tevens zullen wij de betreffende obligaties overboeken". Deze

passages bieden geen steun aan de stelling van belanghebbende dat de bank het initiatief tot de overdracht heeft genomen. Ook uit het door de bank als productie 12 overgelegde transcript van een telefoongesprek tussen belanghebbende en de bank op 9 oktober 2006 volgt, anders dan belanghebbende ter zitting van de Beroepscommissie heeft betoogd, geenszins dat het de bank is die het voorstel heeft gedaan omtrent het aanhouden van de desbetreffende stukken, hetzij in de BV hetzij in privé.

4.4 De Beroepscommissie gaat derhalve, mét de Geschillencommissie, ervan uit dat belanghebbende op eigen initiatief en zonder daartoe strekkend advies van de bank heeft besloten de obligaties, na ontvangst van de vergoeding, aan te houden en over te boeken naar zijn privé-account. Dat de bank de daartoe strekkende opdracht van belanghebbende heeft uitgevoerd en niet heeft geadviseerd van de overboeking af te zien valt niet aan te merken als een schending van haar zorgplicht. Belanghebbende was immers, mede door hetgeen zich in de periode tussen de aanschaf van de obligaties door de BV in juni 2005 en de betaling van de vergoeding in oktober 2006 had voorgedaan met betrekking tot het koersverloop van de obligaties, op de hoogte van de risico's. In de gegeven omstandigheden bracht de zorgplicht van de bank dan ook niet mee dat zij belanghebbende terzake ongevraagd van advies diende.

4.5 Een en ander leidt tot de conclusie dat het beroep niet kan slagen.

5. Slotsom

Het beroep faalt. De beslissing van de Geschillencommissie kan in stand blijven. De Beroepscommissie acht geen termen aanwezig voor een kostenveroordeling.

6. Beslissing

De Beroepscommissie stelt bij bindend advies vast dat de bestreden beslissing van de Geschillencommissie wordt gehandhaafd.