Uitspraak Commissie van Beroep 2013-02 d.d. 21 januari 2013
(prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. A. Bus, mr. F.P. Peijster, mr. F.H.J. Mijnssen en mr. A. Rutten-Roos, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Het gaat hier om een klacht van een pensioen BV. Deze BV heeft een adviesrelatie met de bank. De klacht luidt dat de bank is tekortgeschoten door onvoldoende informatie te verschaffen mbt de risico's van door de BV aan te schaffen perpetuals. De BV vordert schadevergoeding voor het op de perpetuals geleden verlies. De Geschillencommissie heeft de klacht gegrond geacht, maar de vordering afgewezen omdat causaal verband tussen het tekortschieten van de bank en de ontstane schade ontbreekt. De Beroepscommissie heeft het beroep van de bank gegrond verklaard. Volgens haar is van een tekortschieten door de bank in de gegeven omstandigheden geen sprake.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in beroep

1.1 Belanghebbende heeft bij een op 30 april 2012 gedateerd beroepschrift, op de voet van artikel 43 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verband met artikel 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (het Reglement van Beroep), een beslissing van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) van 20 maart 2012) ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Beroepscommissie).

1.2 De bank heeft een op 7 augustus 2012 gedateerd verweerschrift, tevens houdende voorwaardelijk incidenteel beroep, met twee producties, ingediend.

1.3 Belanghebbende heeft een op 5 oktober 2012 gedateerd incidenteel verweerschrift, met twee bijlagen, ingediend.

1.4 De Beroepscommissie heeft de zaak ter zitting van 19 november 2012 mondeling behandeld. Het standpunt van belanghebbende is toegelicht aan de hand van een pleitnotitie. Het standpunt van de bank is eveneens toegelicht aan de hand van een pleitnotitie. De beide pleitnotities zijn overgelegd.

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) belanghebbende is de pensioen BV waarvan haar statutair directeur groot-aandeelhouder is;
(ii) tussen belanghebbende en de bank bestaat een adviesrelatie; de desbetreffende overeenkomst effectendienstverlening is van 14 mei 2002;
(iii) belanghebbende belegt volgens portefeuillemodel III, matig defensief; volgens dit model heeft de portefeuille de volgende samenstelling: 33% aandelen, 48% obligaties, 9% onroerend goed en 10% liquiditeiten;
(iv) er was regelmatig telefonisch contact tussen belanghebbende en de bank;
(v) in juli 2004 heeft belanghebbende op eigen initiatief een bedrag van € 65.000,- belegd in een perpetuele obligatie Aegon;
(vi) op 17 maart 2005 is er telefonisch contact geweest tussen de bank en (de directeur van) belanghebbende; in dat gesprek heeft de bank voorgesteld om de Aegon perpetual te verkopen en in plaats daarvan een perpetual van Lehman Brothers aan te schaffen (hierna: de LB perp.);
(vii) belanghebbende heeft besloten de Aegon perpetual te behouden en daarnaast voor een bedrag van € 100.000,- te beleggen in de LB perp.;
(viii) zowel Aegon als Lehman Brothers had op 17 maart 2005 een A+ rating; Lehman Brothers heeft haar A+ rating behouden tot 2 juni 2008; op die datum is deze gewijzigd in een A rating;
(ix) op 8 oktober 2008 heeft de rechtbank te Amsterdam het faillissement uitgesproken van Lehman Brothers Treasury Co B.V.

3.2 De klacht van belanghebbende houdt in dat de bank onzorgvuldig is geweest bij het uitbrengen van haar advies met betrekking tot de LB perp. en derhalve is tekort-geschoten in de zorgplicht die op grond van de adviesrelatie op haar rustte. De bank heeft in het telefoongesprek van 17 maart 2005 onvoldoende informatie verstrekt over de kenmerken en risico's van de desbetreffende perpetual. Voorts heeft de bank niet gewaarschuwd dat het evenwicht in de portefeuille werd verstoord door de aanschaf van de LB perp. en tenslotte heeft de bank in de periode na de aanschaf nagelaten belanghebbende te informeren over het feit dat de kredietwaardigheid van Lehman Brothers verslechterde. Aldus de klacht van belanghebbende.

3.3 De bank heeft zich verweerd door erop te wijzen dat belanghebbende over voldoende informatie beschikte. De directeur van belanghebbende is volgens haar een ervaren belegger en financieel deskundig. Belanghebbende was bekend met het fenomeen perpetual, gelet op het feit dat de Aegon perpetual al sinds 2004 deel uitmaakte van de portefeuille. Deze perpetual was op eigen initiatief door belang-hebbende aangeschaft. Het advies van de bank van 17 maart 2005 hield niet in een aanvullende aanschaf, maar een vervanging van de Aegon perpetual door de LB perp.

Belanghebbende koos zelf voor aanvulling. Van verstoring van het evenwicht in de portefeuille door de onderhavige aanschaf was overigens geen sprake; de LB perp. dient immers te worden beschouwd als een obligatie. Het faillissement van Lehman Brothers in oktober 2008 was in de periode daarvóór niet te voorzien. De bank betwistte voorts de hoogte van de gestelde schade en het causaal verband tussen haar advies en de schade. Subsidiair stelt zij zich op het standpunt dat een eventuele schadevergoedingsplicht dient te worden verminderd op de grond dat de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan belanghebbende kan worden toegerekend.

3.4 De Geschillencommissie heeft overwogen dat het advies van de bank om de Aegon perpetual te vervangen door de LB perp. geen onzorgvuldig advies was. De Geschillencommissie is het voorts niet eens met belanghebbende dat de LB perp. niet paste binnen de portefeuille. Zelfs wanneer de LB perp. zou worden aangemerkt als een aandeel, zoals belanghebbende betoogt maar de bank bestrijdt, kan niet worden gezegd dat door de aanschaf niet meer aan het doelrisicoprofiel werd voldaan. Ook de klacht dat de bank - in de periode voorafgaand aan het faillissement van Lehman Brothers - heeft verzuimd belanghebbende in te lichten over de verslechterde situatie bij Lehman Brothers, is door de Geschillencommissie verworpen. In deze overwegingen van de Geschillencommissie hebben beide partijen berust.

3.5 De klacht met betrekking tot de informatieverstrekking ten tijde van de aanschaf van de LB perp. op 17 maart 2005 acht de Geschillencommissie gegrond. De Geschillencommissie wijst erop dat de LB perp. een complex beleggingsproduct vormde en dat niet is komen vast te staan dat de bank belanghebbende voldoende uitgebreid heeft geïnformeerd over de producteigenschappen en de risico's ervan. Dit gebrek aan zorgvuldigheid leidt echter niet tot een schadevergoedingsplicht. Het risico dat zich heeft verwezenlijkt is volgens de Geschillencommissie aan te merken als een debiteurenrisico, dat niet aan de bank kan worden toegerekend.

3.6 De conclusie van de Geschillencommissie is dat de bank zorgvuldiger had moeten zijn in haar informatieverstrekking aan belanghebbende, doch dat dit niet leidt tot een schade-vergoedingsplicht van de bank jegens belanghebbende nu er onvoldoende causaal verband bestaat tussen de onzorgvuldigheid en de schade. De Geschillencommissie heeft, als bindend advies, de vordering afgewezen.

3.7 In beroep voert belanghebbende aan dat er wel degelijk causaal verband bestaat tussen het tekortschieten in informatieverstrekking door de bank en de door belanghebbende geleden schade. De bank betoogt in het (voorwaardelijk) incidenteel beroep dat van een tekortschieten bij het verstrekken van informatie aan belanghebbende geen sprake is geweest.

4. Beoordeling van het beroep

4.1 De Beroepscommissie ziet in de onderlinge samenhang van de beide beroepen aanleiding het incidenteel beroep, hoewel dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het principaal beroep slaagt, als eerste te behandelen.

4.2 De bank voert aan dat zij belanghebbende in het telefoongesprek van 17 maart 2005 dat leidde tot de opdracht tot de belegging van een bedrag van € 100.000,- in de LB perp. wel degelijk voldoende heeft geïnformeerd. Gezien het feit dat belanghebbende bekend was met het fenomeen "perpetual" nu belanghebbende in juli 2004 immers op eigen initiatief was overgegaan tot de aanschaf van Aegon perpetuals, mocht de bank, zo betoogt zij, in het bewuste telefoongesprek van 17 maart 2005 volstaan met het verschaffen van enige specifieke informatie met betrekking tot de LB perp., alsmede met het beantwoorden van de vragen van belanghebbende.

4.3 Dit betoog slaagt. Anders dan de Geschillencommissie is de Beroepscommissie van oordeel dat de bank in de gegeven omstandigheden, met name de omstandigheid dat belanghebbende reeds een perpetual in haar portefeuille had, ervan mocht uitgaan dat belanghebbende op de hoogte was van de bijzonderheden die aan perpetuals eigen zijn. Daarom kan niet worden gezegd dat de bank is tekortgeschoten in de uitvoering van de voor haar uit de adviesovereenkomst voortvloeiende verplichtingen toen zij belanghebbende geen uitgebreide informatie verstrekte over de producteigenschappen van perpetuals in het algemeen en over de risico's die deze beleggingsproducten met zich brengen.

4.4 Wat de specifieke vragen betreft die belanghebbende in het desbetreffende telefoongesprek zou hebben gesteld ter zake van de LB perp., geldt dat het daarbij met name ging om de vraag waarom Lehman Brothers een relatief hoge rentevergoeding in de eerste twee jaar gaf en de vraag of de LB perp. wel een veilige belegging was, nu deze kort na de uitgifte fractioneel lager noteerde. Belanghebbende heeft ter zitting van de Beroepscommissie verklaard dat de bank op de eerste vraag heeft geantwoord dat Lehman Brothers zich een plaats in de markt wilde verwerven en daarom een hogere rente bood en op de tweede dat koersen nu eenmaal plegen te fluctueren.

4.5 Nu genoemde antwoorden, ook in de visie van belanghebbende, niet onjuist zijn en belanghebbende niet heeft uiteengezet in hoeverre zij onvolledig zijn, valt niet in te zien wat er ontbrak aan de informatievoorziening van de bank.

4.6 Dit betekent dat de bank naar het oordeel van de Beroepscommissie niet is tekortgeschoten in haar verplichting tot het verschaffen van informatie en dat het (voorwaardelijk) incidenteel beroep van de bank slaagt.

4.7 Belanghebbende heeft daarom geen belang meer bij beoordeling van de vraag of causaal verband bestaat tussen de schade waarvan belanghebbende vergoeding vordert en de veronderstelde tekortkoming van de bank. Beoordeling van het principaal beroep kan derhalve achterwege blijven.

5. Slotsom

Het incidenteel beroep is gegrond. Die gegrondbevinding brengt mee dat het principaal beroep niet kan leiden tot een andere beslissing omtrent de vordering van belanghebbende. De beslissing van de Geschillencommissie kan derhalve 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.