Uitspraak Commissie van Beroep 2011-05 d.d. 7 april 2011
(mr. A. Rutten-Roos, voorzitter, mr. J.B. Fleers, mr. F.H.J. Mijnssen, mr. A. Bus en drs. P.H.M. Kuijs, AAG, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

In 2005 gegeven beleggingsadvies inzake zogenoemde steepeners, uitgegeven door Nederlandse dochtermaatschappij van Lehman Brothers. Nadat deze in 2008 failliet verklaard is, beklaagt de cliënt zich over dit advies. Ontoelaatbare uitbreiding van de klacht in hoger beroep, nu de aan de wederpartij en de Ombudsman voorgelegde klacht niet ziet op het product steepener als zodanig, maar op de (gegoedheid van) de uitgevende instelling.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in hoger beroep

1.1 Appellant heeft bij op 16 augustus 2010 gedateerd, en bij 23 september 2010 aangevuld beroepschrift op de voet van art. 22.1 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (de Geschillencommissie) in verbinding met art. 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening een uitspraak van de Geschillencommissie van 6 juli 2010 ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Beroepscommissie). Bij brief van 12 oktober 2010 heeft appellant alsnog bijlagen als bedoeld in art. 6.2 van laatstgenoemd reglement aan zijn beroepschrift toegevoegd.

1.2 Verweerster in hoger beroep heeft bij brief van 2 december 2010 op het beroepschrift gereageerd.

1.3 Bij fax van 11 januari 2011 heeft appellant nog een vijftal stukken in het geding gebracht.

1.4 De Beroepscommissie heeft het beroep mondeling behandeld op 17 januari 2011. Namens appellant is het beroep toegelicht aan de hand van een pleitnotitie.

1.5 Bij brief van 19 januari 2011heeft verweerster nog een aantal stukken behorende tot het dossier van de behandeling bij de Geschillencommissie toegezonden.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie van 6 juli 2010.

3. Inleiding op de beoordeling van het hoger beroep

3.1 De Beroepscommissie gaat, op grond van hetgeen de Geschillencommissie niet bestreden heeft vastgesteld, op grond van de niet (voldoende) weersproken inhoud van de stukken van het geding en op grond van hetgeen bij de behandeling in hoger beroep is gebleken, uit van het volgende.
(i) In 2004 heeft appellant zijn totale beleggingsportefeuille, bestaande uit twee zakelijke beleggingsportefeuilles (op naam van [A] B.V. onderscheidenlijk [B] B.V.) en een privébeleggingsportefeuille overgebracht naar verweerster. In de zakelijke portefeuilles was volledig in obligaties belegd. De totale waarde bedroeg ongeveer € 960.000, -. In de privéportefeuille was voor 96% in aandelen belegd. De waarde bedroeg € 4.394.000, -. Appellant is voor zijn levensonderhoud afhankelijk van de inkomsten uit zijn beleggingsportefeuille.
(ii) In verband met het feit dat de in elk van de drie portefeuilles opgenomen 6,875% Aegon perpetual op 20 december 2005 aflosbaar was gesteld, wendde appellant zich in maart 2005 schriftelijk tot verweerster, met wie hij een adviesrelatie onderhield.
(iii) Op 6 oktober 2005 attendeerde verweerster appellant per email op de emissie van de 6% Lehman CMS Steepener 2005-12/35, met inschrijfdatum 2 november 2005, uit te geven door Lehman Brothers Treasury Co. B.V. (hierna:LTB), de (indirecte) Nederlandse dochtermaatschappij van de Amerikaanse vennootschap Lehman Brothers Holdings Inc.
(iv) Appellant heeft voor zowel de portefeuille op naam van [A] B.V. als zijn privé-portefeuille ingeschreven op deze steepener; in totaal voor € 215.000, -. Hij deed dit nadat zijn accountmanager bij verweerster hem, in het kader van de beantwoording van een aantal specifieke vragen aangaande de 6% Lehman CMS Steepener 2005-12/35, op 12 oktober 2005 onder meer nog als volgt had bericht: "Als je nu inschrijft op de Steepener van Lehman, stap je over van een A-rating naar een A-rating. Dat is uiteraard een momentopname, maar qua kredietwaardigheid zijn ze thans gelijk. Je kiest dan voor een rente van 6% voor de komende 7 jaar, maar daarna komt een bewust gekozen renterisico om de hoek kijken. Om in beide portefeuilles voor 100/m in te schrijven lijkt mij verantwoord".
(v) Nadat in september 2008 op Lehman Brothers Holdings Inc. Chapter 11 van de Bankruptcy Code van toepassing was verklaard, is op 8 oktober 2008 LBT in staat van faillissement verklaard.

3.2 De Geschillencommissie heeft bij bindend advies vastgesteld dat de vordering van appellant wordt afgewezen. Hetgeen zij daartoe heeft overwogen, kan als volgt worden samengevat. Zoals uit de stukken blijkt en door appellant ook expliciet ter zitting is bevestigd, beklaagt deze zich niet over het product steepener als zodanig: partijen zijn het erover eens dat een steepener deel mocht uitmaken van de portefeuille. De klacht ziet op de uitgevende instelling, LBT (rov. 4.2). LBT had destijds een A-rating, gelijk aan die van nagenoeg alle andere banken, waaronder X, uitgeefster van de 6,875 % Aegon perpetual die zich in elk van de drie portefeuilles

bevond. De keuze van appellant om in een steepener van LBT te beleggen betekende wat het ratingniveau betreft een overstap naar een andere gelijkwaardige bank-instelling. Er bestond voor verweerster dan ook geen reden de steepener van LBT niet onder de aandacht van appellant te brengen (rov. 4.3). Nu LBT dezelfde A-rating had als nagenoeg alle andere banken rustte op verweerster niet de verplichting meer informatie en/of waarschuwingen aan appellant te verstrekken dan zij op 6 oktober 2005 heeft verstrekt. Gronden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, zijn door appellant niet aangevoerd (rov. 4.4).

4. Beoordeling van het hoger beroep

4.1 In de paragrafen 18 en 19 van zijn beroepschrift, zoals bij schrijven van 23 september 2010 aangevuld, betoogt appellant onder meer:

"18. Appellant stelt verweerster aansprakelijk voor de door haar geleden en nog te lijden schade als gevolg van de belegging in de Steepener van Lehman. Hiertoe stelt appellant dat verweerster onzorgvuldig jegens haar heeft gehandeld door haar onjuist, althans onvoldoende te informeren over de specifieke risico's van het beleggings-product en de betrouwbaarheid van de uitgever ervan, terwijl het product niet paste binnen het bestaande en aan verweerster bekende beleggingsprofiel van appellant. Verweerster is derhalve toerekenbaar tekortgeschoten in haar bijzondere zorgplicht jegens appellant op basis van de adviesovereenkomst, althans levert de schending van haar bijzondere zorgplicht jegens appellant een onrechtmatige gedraging op.

19. Deze stelling is door appellant direct ingenomen. Het is daarom onbegrijpelijk dat de Geschillencommissie in eerste instantie heeft aangenomen dat appellant zich niet heeft beklaagd over het advies van verweerster en de passendheid van het geadviseerde product. Eveneens evident onjuist is de overweging geweest dat appellant het betreffende product kende en er zelfs ervaring mee had. Ten onrechte is daarmee de klacht van appellant in eerste instantie onbehandeld gebleven."

In de paragrafen 31 en 32 voegt hij daaraan nog het volgende toe:

"31. Toen door verschillende mensen werd gewaarschuwd voor de risico's van Steepeners, vroeg hij verweerster om een nadere advisering over de beleggingen en mogelijkheden om de risico's in te dekken. Ook het advies dat verweerster daarop gaf was onzorgvuldig. Immers, in antwoord op de door appellant duidelijk en onder-bouwd geuite zorgen over (de koers van) de Steepener, heeft verweerster uitdrukkelijk gesteld dat geen waarschuwing nodig was. Appellant zag (ook) hierin een garanderende geruststelling.

32. Gezien de duidelijke richting van de koers binnen de inmiddels in gang gezette druk op de economie, had verweerster - met het oog op het beleggingsprofiel van appellant - alles in het werk moeten stellen om appellant te adviseren het inmiddels risicovol gebleken product te verlaten ten faveure van meer veilige financiële producten. Verweerster had ook hierbij die bijzondere zorgplicht.
Het beleggingsprofiel bood immers geen ruimte voor gok of een lange adem."

4.2 Verweerster stelt zich onder meer op het standpunt dat dit betoog neerkomt op een ontoelaatbare uitbreiding van de klacht, nu appellant immers bij de Ombudsman en de Geschillencommissie uitsluitend klaagde over het door verweerster gegeven advies tot koop van de 6% Lehman CMS Steepener 2005-12/35 in verband met de gegoedheid van de uitgevende instelling LBT, het Nederlandse onderdeel van de Lehman-groep.

4.3 Ingevolge art. 7.1, aanhef en onder b. en c., van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening komt een klacht slechts voor behandeling in aanmerking indien deze eerst aan de Aangeslotene, in dit geval: Verweerster, en vervolgens de Ombudsman is voorgelegd. De brief van 7 januari 2009 waarmee appellant zijn klacht aan verweerster heeft voorgelegd, luidt onder meer als volgt:

"In september/oktober van het jaar 2008 ging Lehman Brothers failliet, waardoor mijn stukken bij deze bank (nagenoeg) waardeloos geworden zijn en ik geconfronteerd word met een verlies van globaal tenminste 225.000 euro.
De reden voor het failliet lag niet zozeer in de verslechterde marktomstandigheden, maar voornamelijk in de ondeugdelijke financiële constructies.

Eerst sinds het faillissement van Lehman Brothers, is mij duidelijk geworden dat deze bank uiterst risicovol opereerde, een feit dat als dat mij bekend was geweest, het voor mij reden zou zijn geweest om niet bij deze bank te beleggen en zeker niet in dit soort stukken.

Ik verwijt verweerster dat het mij hiervoor niet gewaarschuwd heeft en mij - gelet op mijn afhankelijkheid van mijn vermogensinkomsten en toekomstig opgebouwd pensioen - juist àànbevolen in plaats van áfgeraden heeft om in deze stukken van Lehman Brothers te beleggen."

4.4 Het in 4.3 overwogene in aanmerking genomen moet met de Geschillencommissie worden geoordeeld dat de klacht van appellant, zoals eerst voorgelegd aan achtereenvolgens verweerster en de Ombudsman, niet ziet op het product steepener als zodanig maar op (de gegoedheid van) de instelling die de onderhavige steepeners heeft uitgegeven, LBT. Verweerster stelt zich dus terecht op het standpunt dat voor zover het hiervoor onder 4.1 aangehaalde betoog van appellant verdergaande klachten inzake de advisering door verweerster bevat sprake is van een ontoelaatbare uitbreiding van de klacht. Ten overvloede voegt de Beroepscommissie hieraan toe dat

appellant het in zijn beroepschrift weliswaar onbegrijpelijk noemt dat de Geschillencommissie heeft aangenomen dat hij zich niet heeft beklaagd over "de passendheid van het geadviseerde product", maar niet de juistheid bestrijdt van de vaststelling van de Geschillencommissie dat hij ter zitting expliciet heeft bevestigd dat zijn klacht slechts ziet op de uitgevende instelling. Die vaststelling vindt ook steun in de pleitnotities van appellant voor de hoorzitting van 3 maart 2010. Immers, blijkens die notities heeft hij zich toen onder meer als volgt uitgelaten:

"In het kader van de herbeleggingsnoodzaak werd ik na ongeveer een half jaar door verweerster gewezen op de Steepeners van Lehman. Begin 2005 had verweerster mij al gewezen op een vergelijkbaar product van [Bank]. Op advies van en in vertrouwen op verweerster heb ik in de Steepeners van Lehman belegd. Van deze bank wist ik tot dat moment niets en ik ging t.a.v. de betrouwbaarheid/veiligheid volledig op verweerster af."

en

"Het is mij een raadsel waarom verweerster mij geadviseerd heeft te beleggen in de Steepeners van Lehman, in plaats van in de Steepeners van [Bank], die nog steeds bestaan en een koers van circa 90% hebben."

4.5 Voor zover appellant, met zijn stelling dat verweerster onzorgvuldig heeft gehandeld door hem onjuist althans onvoldoende te informeren over de betrouwbaarheid van LBT, bedoelt op te komen tegen hetgeen de Geschillencommissie heeft overwogen in zijn hiervoor in 3.2 weergegeven rov. 4.3 en 4.4, geldt dat de behandeling in hoger beroep de Beroepscommissie niet heeft geleid tot andere overwegingen en oordelen dan waartoe de Geschillencommissie is gekomen.

5. Slotsom

Het beroep is ongegrond.

6. Beslissing

De Beroepscommissie stelt bij bindend advies vast dat de bestreden beslissing van de Geschillencommissie van 6 juli 2010 wordt gehandhaafd.