Uitspraak Commissie van Beroep 2013-23 d.d. 12 juli 2013
(mr. C.A. Joustra, voorzitter, drs. P.H.M. Kuijs AAG, mr. W.J.J. Los, mr. F.H.J. Mijnssen en mr. F.P. Peijster, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Bestendige relatie belanghebbende met financieel adviesbureau. Advies over aankoop beleggingsproducten is beleggingsadvies in de zin van artikel 1.1 Wft. Gelet op de gang van zaken mocht belanghebbende redelijkerwijs aannemen dat het advies is gegeven namens het adviesbureau. Het gegeven advies is niet zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beleggingsadviseur mocht worden verwacht: vooraf geen beleggerprofiel opgemaakt, onvoldoende rekening gehouden met pensioendoelstelling, zich onvoldoende vergewist dat belanghebbende de risico's aanvaardde, belanghebbende onvoldoende voorzien van relevante informatie. Schade. Eigen schuld.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in hoger beroep

1.1 De vennootschap heeft bij een op 10 december 2012 door de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Beroepscommissie) ontvangen beroepschrift met bijlagen op de voet van artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met artikel 5.1 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 30 oktober 2012 ter toetsing voorgelegd.

1.2 De vennootschap heeft bij brief van 6 februari 2013, door de Beroepscommissie ontvangen op 7 februari 2013, het beroep aangevuld.

1.3 Belanghebbende heeft het beroep bestreden bij een op 22 maart 2013 door de Beroepscommissie ontvangen verweerschrift.

1.4 De vennootschap heeft vervolgens nog nadere stukken ingediend.

1.5 De Beroepscommissie heeft het beroep mondeling behandeld op 8 april 2013. Daarbij was namens de vennootschap de directeur aanwezig, vergezeld van Y (voormalig eigenaar van de onderneming) en bijgestaan door een advocaat. Verder was belanghebbende aanwezig, vergezeld van zijn echtgenote en bijgestaan door een advocaat te Amsterdam. Partijen hebben hun standpunten nader toegelicht aan de hand van aan de Beroepscommissie overgelegde pleitnotities en vragen van de Beroepscommissie beantwoord.

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.

3. Inleiding op de beoordeling van het beroep

3.1 De Beroepscommissie gaat uit van de door de Geschillencommissie onder 2.1 tot en met 2.4 van haar in deze zaak gegeven (tussen)uitspraak van 12 maart 2012 vermelde feiten. Uit de stellingen van de vennootschap blijkt dat zij op één punt bezwaar heeft tegen de feitenvaststelling, namelijk waar de Geschillencommissie overweegt dat uittreding uit het hierna te noemen Synvest Real Estate vastgoed fonds mogelijk is na drie jaar. De vaststelling door de Geschillencommissie vindt echter steun in de informatie over dat fonds, die de vennootschap zelf (in bijlage 5 bij haar brief van 7 augustus 2012 aan de Geschillencommissie) heeft verstrekt: 'na 3 jaar kunt u de certificaten ter inkoop aan het Fonds vastgoedfonds aanbieden' en 'Verkoop van de Participaties aan het Fonds kan eerst na drie jaar na de datum van aankoop'. De Beroepscommissie gaat daarom aan dit bezwaar als onvoldoende onderbouwd voorbij.

3.2 Belanghebbende heeft, naar de Geschillencommissie heeft vastgesteld, in eerste aanleg vergoeding gevorderd van € 58.497,- zijnde het verschil tussen de huidige en de nominale waarde van vier aangekochte beleggingsproducten, te weten de achtergestelde perpetuele obligaties '7,5% Capital Raise' en '6,625% Hybrid Raising' en de participaties in 'Hanzevast I Vastgoed C.V.' en 'Synvest Real Estate vastgoed fonds'. Deze vordering heeft belanghebbende erop gegrond, kort gezegd, dat de vennootschap – zonder vergunning en zonder het opstellen van een beleggingsprofiel – de aankoop van de beleggingsproducten heeft geadviseerd en dat zij als redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur die aankoop niet had mogen adviseren, in aanmerking genomen de pensioenbestemming van het vermogen van belanghebbende en zijn beperkte beleggingshorizon van vier jaar. Bovendien heeft belanghebbende aangevoerd dat de portefeuille te weinig spreiding in beleggingsproducten kende en dat de obligaties hybride instrumenten waren, met het karakter van aandelen en met eigenschappen, waarover de vennootschap onvoldoende informatie aan belanghebbende heeft verstrekt.

3.3 De Geschillencommissie heeft in haar tussenuitspraak van 12 maart 2012 samengevat het volgende geoordeeld. Er is sprake geweest van beleggingsadvies door de vennootschap, zodat beoordeeld moet worden of de vennootschap heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur betaamt. Het enkele feit dat de vennootschap geen vergunning had, maakt dit niet anders. De Geschillencommissie constateert voorts dat een beleggingsprofiel ontbreekt.
Voldoende aannemelijk is dat belanghebbende een pensioendoelstelling had, een geringe risicobereidheid, een beleggingshorizon van vier jaar en voldoende vermogen om zijn pensioengat aan te vullen en dat de vennootschap verondersteld mag worden daarvan op de hoogte te zijn geweest.

De vennootschap is bij de advisering ernstig tekortgeschoten in de informatievoorziening omtrent de kenmerken en risico's van de geadviseerde producten en in dit geval is aannemelijk dat belanghebbende bij adequate advisering niet in die producten zou hebben belegd.
Verder heeft de Geschillencommissie aangenomen dat 25 procent van de schade voor rekening van belanghebbende moet blijven wegens eigen schuld omdat van algemene bekendheid is dat aan een hoog rechtstreeks rendement hogere risico's zijn verbonden en belanghebbende heeft nagelaten daarover navraag te doen.
Als peildatum voor de schadeberekening is de Geschillencommissie uitgegaan van 22 mei 2008, de datum waarop de vennootschap de klacht van belanghebbende heeft afgewezen; het koersverloop na die datum komt voor rekening en risico van belanghebbende. De Geschillencommissie heeft de vennootschap in de gelegenheid gesteld een schadeberekening over te leggen.

3.4 Nadat partijen zich schriftelijk nader hadden uitgelaten, heeft de Geschillencommissie in haar einduitspraak van 30 oktober 2012 vastgesteld dat de vennootschap geen schadeberekening heeft overgelegd en, uitgaande van de schadeberekening van belanghebbende en met aftrek van 25 procent wegens eigen schuld, een schadevergoeding van € 64.792,- aan belanghebbende toegewezen.

4. Beoordeling van het beroep

4.1 De vennootschap heeft in beroep tegen vier onderdelen van de uitspraak van de Geschillencommissie bezwaren aangevoerd.

Bezwaar 1

4.2.1 De Geschillencommissie heeft vastgesteld dat sprake is geweest van een beleggingsadvies aan belanghebbende omdat de vennootschap als professionele partij aan belanghebbende een persoonlijk tot hem gericht voorstel tot het investeren in bepaalde beleggingsproducten heeft gedaan. Ingevolge artikel 1.1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) wordt onder 'adviseren' verstaan: het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke financiële producten aan een bepaalde consument. In beroep is niet bestreden, althans niet voldoende onderbouwd, dat aan belanghebbende een beleggingsadvies is gegeven. Dat advies is gelegen in het e-mailbericht met bijlage van 20 augustus 2006, waarmee belanghebbende een voorstel is gedaan voor het beleggen in de onder 3.2 genoemde beleggingsproducten. Belanghebbende heeft dat advies gevolgd. De vraag is echter wie het beleggingsadvies heeft gegeven. Daarop heeft het eerste bezwaar van de vennootschap betrekking.

4.2.2 De vennootschap heeft bestreden dat zij het is geweest die belanghebbende het beleggingsadvies heeft gegeven en daarmee een financiële dienst heeft verleend in de zin van artikel 1.1 van de Wft. Volgens de vennootschap heeft belanghebbende over zijn beleggingen contact gehad met X en diens onderneming.

Hoewel X ten tijde van de omstreden advisering nog verbonden was aan de vennootschap, is het aandeel van de vennootschap in de advisering ertoe beperkt dat belanghebbende van haar kantoorfaciliteiten gebruik heeft gemaakt om zelf de beleggingsproducten aan te schaffen. Belanghebbende heeft daartegenover gesteld dat hij steeds alleen te maken heeft gehad met de vennootschap.

4.2.3 De Beroepscommissie acht in dit verband het volgende van belang. Vast staat dat de vennootschap en belanghebbende vanaf 2002 een bestendige relatie hebben onderhouden, in het kader waarvan de vennootschap aan belanghebbende diensten heeft verleend met betrekking tot verzekeringen en belastingaangiften.

4.2.4 Over de gang van zaken bij de aankoop van de beleggingsproducten door belanghebbende in 2006 heeft de vennootschap in haar dupliek in eerste aanleg van 10 september 2010 het volgende meegedeeld:
'[Belanghebbende] stelt dat wij hem behulpzaam waren bij aankoop en verkoop van aandelen en obligaties en voor het aankopen van vastgoedfondsen.
Ja, dat klopt helemaal. Dat is ook het enige wat wij hebben gedaan. Wat betreft de vastgoedfondsen werkt het als volgt, wij brengen de mensen diverse fondsen onder de aandacht en op het moment dat de klant dan voor een fonds kiest dan helpen wij hem bij het invullen van het aanvraagformulier. Dit is dan ook onze taak.
Wat betreft de "hulp" bij de aankoop van aandelen en obligaties is het volgende voorgevallen. De eerder genoemde heer Y adviseerde veelal een portefeuille aan die samengesteld was uit "obligaties" die wij niet echt kenden. Wij wilden echter wel globaal weten wat dit voor stukken waren waarin onze klanten gingen beleggen. De heer Y kwam dan veelal uit op producten zoals Capital Raising en Hybrid Raising zoals genoemd door [belanghebbende]. Zodoende hadden wij weet van deze producten en hebben wij dit middels een lijst laten zien aan [belanghebbende]. Deze lijst gebruikte Y bij onze klanten.
Echter wij hadden [belanghebbende] geattendeerd op en geadviseerd om in vastgoedfondsen te beleggen waarin wij wel behulpzaam mochten zijn bij de aankoop en omdat deze producten voor ons en onze klanten transparanter zijn. [Belanghebbende] vond dit echter een te eenzijdig advies en heeft toen aangegeven iets anders te willen doen. (..)
Op een morgen stond [belanghebbende] bij ons aan de balie en vroeg mijn toenmalige compagnon X, of hij hem kon helpen met het openen van een beleggingsrekening. Aangezien wij ook de service aanboden voor online beleggen is de heer X samen met [belanghebbende] een rekening gaan openen en heeft hij [belanghebbende] laten zien hoe je stukken kon aankopen.'

4.2.5 In haar brief van 7 augustus 2012 heeft de vennootschap aan de Geschillencommissie onder meer het volgende meegedeeld:
'[Belanghebbende] heeft inderdaad ons kantoor gebruikt voor de aanschaf van zijn producten. De vastgoedfondsen zijn niet van ons kantoor afgenomen. Deze zijn afgenomen bij een tussenpersoon die gespecialiseerd was in deze fondsen namelijk Solide Beleggingen. Dit bedrijf was gevestigd in ons kantoor.'

4.2.6 Ten aanzien van de rol van X is het volgende komen vast te staan. X was oprichter van de vennootschap en bij de vennootschap werkzaam ten tijde van het geven van het beleggingsadvies. Belanghebbende heeft over de aankoop van de beleggingen contact gehad

met X. De vennootschap heeft ter zitting verklaard dat de X naast zijn werk voor de vennootschap een eigen onderneming had, onder de naam Solide Beleggingen, voor beleggingen in onroerend goed. Het beleggingsadvies (het e-mailbericht met bijlage van 20 augustus 2006) is opgesteld door X. X heeft ook daarna belanghebbende begeleid bij de aankoop van de geadviseerde beleggingsproducten. Dat blijkt onder meer uit e-mailberichten die door X en belanghebbende zijn verzonden in de periode van 20 augustus 2006 tot en met 11 oktober 2006. Zo heeft X op 22 augustus 2006 aan belanghebbende onder meer meegedeeld:
'Op uw vraag of we nog even contact moeten hebben: ja in verband met het aanvragen van vastgoed beleggingen en de eventuele assistentie bij aan en verkoop van effecten. Zoals gezegd, ik ben u met alle plezier van dienst. Het is niet alleen de bedoeling een opzetje voor u te maken, maar ook om dit te laten functioneren.'

4.2.7 Uit het voorgaande blijkt dat belanghebbende via de vennootschap in contact is gekomen met X, die voor de vennootschap werkzaam was. Op advies van X en met gebruikmaking van de kantoorfaciliteiten van de vennootschap heeft belanghebbende de beleggings-producten aangekocht. Onder deze omstandigheden mocht belanghebbende in op grond van gedragingen en verklaringen van de vennootschap redelijkerwijs aannemen dat X daarbij handelde namens de vennootschap bij wie hij in dienst was. Feiten of omstandig-heden waaruit volgt dat dit anders is, zijn niet of niet voldoende gesteld of gebleken. Met name is daarbij van belang dat – tegenover de ontkenning daarvan door belanghebbende – niet is gebleken dat de vennootschap ten tijde van het beleggingsadvies aan belanghebbende voldoende duidelijk heeft gemaakt dat X niet alleen voor haar werkzaam was, maar – in hetzelfde kantoor – ook een eigen onderneming had en dat X ten aanzien van de beleggingen niet namens haar handelde, maar voor zichzelf. Dat leidt tot de conclusie dat het ervoor moet worden gehouden dat het beleggingsadvies door de vennootschap is gegeven. Daarmee faalt het eerste bezwaar van de vennootschap.

Bezwaar 2

4.3.1 Het tweede bezwaar van de vennootschap betreft de vraag of het beleggingsadvies is gegeven zoals van een goed, dat wil zeggen redelijk handelend en redelijk bekwaam beleggingsadviseur mocht worden verwacht. Volgens de vennootschap zijn belegger-profielen opgesteld, had belanghebbende geen pensioendoelstelling maar de wens inkomsten uit een overbruggings- of vroegpensioen aan te vullen, had belanghebbende een lange termijn beleggingshorizon en een matig offensieve risicobereidheid en was belanghebbende, mede gelet op zijn beleggingservaring, voldoende geïnformeerd over de kenmerken van de beleggingsproducten.

4.3.2 De Beroepscommissie stelt met de Geschillencommissie vast dat de vennootschap vóór het geven van het beleggingsadvies geen beleggerprofiel van belanghebbende heeft opgesteld. De vragenlijsten waarop de vennootschap heeft gewezen, zijn opgesteld nadat het beleggingsadvies was gegeven, kennelijk bij de inschrijving in de vastgoedfondsen. De vragenlijsten zijn dus niet betrokken bij de advisering. Op dat punt is de vennootschap tekortgeschoten in haar advisering aan belanghebbende.

De Beroepscommissie onderschrijft verder het oordeel van de Geschillencommissie dat belanghebbende een pensioendoelstelling had. Ook volgens de vennootschap waren de beleggingen immers bedoeld om inkomsten uit pensioen aan te vullen. Daarbij is niet van belang dat het volgens de vennootschap ging om een overbrugging- of vroegpensioen. De vennootschap had met deze pensioendoelstelling en dus de beperking van het verliesrisico, rekening behoren te houden bij de advisering. Uit het beleggingsadvies blijkt niet dat de vennootschap dat – in voldoende mate – heeft gedaan. Indien de vennootschap naderhand, uit het invullen van de vragenlijsten voor de vastgoedfondsen, heeft opgemaakt dat belanghebbende een beleggingshorizon had van zes jaar of langer en bereid was risico's te nemen die pasten bij een matig offensief profiel, had het op haar weg gelegen zich ervan te vergewissen dat belanghebbende zich bewust was van hetgeen die risico's inhielden en dat belanghebbende die risico's daadwerkelijk aanvaardde, in het licht van zijn pensioen-doelstelling. Dat geldt ook indien de vennootschap heeft aangenomen dat belanghebbende beleggingservaring had. De beleggingservaring die belanghebbende volgens de vennootschap had, is niet van dien aard dat de vennootschap erop mocht vertrouwen dat zij geheel of gedeeltelijk was ontheven van haar verplichting tot het inwinnen en verstrekken van informatie en het geven van passende waarschuwingen. Het is niet gebleken dat de vennootschap op dit punt aan haar verplichtingen heeft voldaan. Bovendien is niet gebleken dat de vennootschap belanghebbende bij het beleggingsadvies heeft voorzien van alle relevante informatie over de eigenschappen van de geadviseerde producten, waaronder de beperkingen in de verhandelbaarheid, het achtergestelde karakter en het feit dat twee van de vier producten door dezelfde instelling waren uitgegeven. Ook in zoverre voldoet het beleggingsadvies niet aan de daaraan te stellen eisen. Er is wat betreft de tekortkomingen in het beleggingsadvies geen reden om onderscheid te maken tussen verschillende beleggings-producten die zijn geadviseerd.

4.3.3 Uit het voorgaande volgt dat de Geschillencommissie terecht heeft aangenomen dat de vennootschap is tekortschoten in de advisering aan belanghebbende en uit dien hoofde aansprakelijk is voor de schade die belanghebbende daardoor heeft geleden. Daarmee faalt ook het tweede bezwaar van de vennootschap.

Bezwaar 3

4.4.1 Met het derde bezwaar bestrijdt de vennootschap dat belanghebbende schade heeft geleden door de tekortkomingen in het beleggingsadvies.

4.4.2 De vennootschap heeft in de eerste plaats aangevoerd dat de schade geen betrekking kan hebben op de deelneming in de vastgoedfondsen omdat zij in elk geval ten aanzien van die producten haar zorgplicht is nagekomen. Uit hetgeen hiervoor onder 4.3.1 tot en met 4.3.3 is overwogen, volgt dat dit argument niet opgaat.

4.4.3 De vennootschap heeft daarnaast aangevoerd dat ten aanzien van het vastgoedfonds Synvest geen sprake is van schade omdat dit fonds in augustus 2012 nog gemiddeld een rendement had van 7,5 procent en er dus geen aanleiding bestond tot verkoop van de deelnemingen in dat fonds.

Belanghebbende heeft daartegenover gesteld dat de vennootschap daarbij ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten dat de deelnemingen aanmerkelijk in waarde zijn gedaald, zodat wel degelijk sprake is van schade. Nu de vennootschap dat niet heeft weersproken, gaat de Beroepscommissie daarvan uit. Dit verweer van de vennootschap gaat dus ook niet op.

4.4.4 De vennootschap heeft verder nog verwezen naar haar brief van 7 augustus 2012 aan de Geschillencommissie. Die brief bevat echter geen argumenten die de conclusie rechtvaardigen dat belanghebbende, anders dan de Geschillencommissie heeft aangenomen, bij adequate voorlichting toch in de geadviseerde beleggingsproducten zou hebben belegd. Verder bevat de brief geen feiten of omstandigheden die het oordeel rechtvaardigen dat moet worden aangenomen dat de aankoop van de beleggingsproducten niet tot schade heeft geleid. Dat brengt mee dat ook het derde bezwaar moet worden verworpen.

Bezwaar 4

4.5.1 Met het vierde bezwaar betoogt de vennootschap dat de schade voor een groter deel aan belanghebbende moet worden toegerekend dan 25 procent. Bij de beoordeling van dit bezwaar moet ervan worden uitgegaan dat de Geschillencommissie klaarblijkelijk heeft begrepen dat in hetgeen de vennootschap heeft aangevoerd, het verweer ligt besloten dat de door belanghebbende geleden schade mede het gevolg is van omstandigheden die aan belanghebbende kunnen worden toegerekend.

4.5.2 De Beroepscommissie stelt voorop dat de eigen verantwoordelijkheid van belanghebbende voor de beleggingsbeslissing in de gegeven omstandigheden, waaronder de (beperkte) beleggingservaring van belanghebbende, op zichzelf voldoende tot uitdrukking is gebracht in het feit dat 25 procent van de schade voor zijn eigen rekening moet blijven. Het feit dat belanghebbende bereid zou zijn geweest in het kader van schikkingonderhandelingen een hoger percentage te aanvaarden, is niet van belang, omdat geen schikking is bereikt.

4.5.3 Het argument van de vennootschap dat belanghebbende de vennootschap niet in staat heeft gesteld de schade te beperken omdat hij zich in eerste instantie tot X heeft gewend toen de koersontwikkeling hem in of omstreeks november 2007 zorgen baarde, gaat niet op omdat belanghebbende niet valt aan te rekenen dat hij eerst contact heeft opgenomen met de medewerker die het beleggingsadvies had opgesteld. Met de stelling dat belanghebbende zijn schade zou hebben kunnen beperken door de beleggingsproducten eerder te verkopen, gaat de vennootschap eraan voorbij
dat belanghebbende niet valt te verwijten dat hij een dergelijke beslissing niet uit eigen beweging heeft genomen, zonder daaromtrent eerst deugdelijk advies bij zijn adviseur in te winnen. Ook voor het overige is niet gebleken dat belanghebbende verwijtbaar te lang heeft geaarzeld met de verkoop van de beleggingsproducten.

4.5.4 De vennootschap verwijt belanghebbende met verwijzing naar e-mailverkeer tussen belanghebbende en X in 2006 ten slotte nog dat hij zelf meer spreiding in zijn beleggingsportefeuille had moeten aanbrengen. Kennelijk heeft de vennootschap hierbij een e-mailbericht van 10 oktober 2006 van X op het oog, waarbij X aan belanghebbende heeft meegedeeld een alternatief te hebben gevonden voor een obligatielening. Daargelaten dat niet duidelijk is gemaakt wat de aanleiding voor deze mededeling was, is niet toegelicht waarom belanghebbende voor het alternatief had moeten kiezen en in welk opzicht een dergelijke keuze tot een betere spreiding en minder schade zou hebben geleid. Ook dit verwijt treft daarom geen doel.

4.5.5 De conclusie is dat er geen gronden zijn om belanghebbende een groter deel van zijn schade te laten dragen dan 25 procent. Ook het vierde bezwaar is vergeefs opgeworpen.

5. Slotsom

5.1 De slotsom is dat de bezwaren van de vennootschap ongegrond zijn, zodat die uitspraak moet worden gehandhaafd.

5.2 Belanghebbende heeft verzocht om met toepassing van artikel 11.6 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening een redelijke vergoeding van proceskosten vast te stellen. In de omstandigheden van het geval acht de Beroepscommissie een bijdrage in de proceskosten toewijsbaar van € 1.500.

6. Beslissing

De Beroepscommissie:

- handhaaft de bestreden uitspraak van de Geschillencommissie,

- bepaalt dat belanghebbende ten laste van de vennootschap een bijdrage in de gemaakte proceskosten toekomt van € 1.500.