Uitspraak Commissie van Beroep 2013-35 d.d. 18 december 2013
(prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. J.B. Fleers, mr. W. Los, drs. P.H.M. Kuijs AAG, mr. F.P. Peijster, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

1. Overgangsbepaling Reglement Ombudsman & Geschillencommissie; klacht tijdig ingediend?
2. Adviesrelatie. Niet voldaan aan waarschuwingsplicht bij belegging in perpetuals.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

I. Verloop van de procedure in hoger beroep

1.1 Appellante (hierna: belanghebbende) heeft met een op 17 mei 2013 ontvangen beroepschrift beroep ingesteld tegen het bindend advies dat de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: Geschillencommissie) in haar uitspraak van 4 april 2013 tussen belanghebbende en verweerster in beroep (hierna: de bank) heeft gegeven. Die uitspraak is aan de onderhavige uitspraak gehecht.

1.2 De bank heeft het beroep bestreden in een op 3 juli 2013 gedateerd verweerschrift.

1.3 De Beroepscommissie heeft het beroep op 7 oktober 2013 mondeling behandeld. Beide partijen waren aanwezig en hebben hun standpunten toegelicht, aan de zijde van belanghebbende mede aan de hand van een overgelegde pleitnota.

2. Verloop van 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 In deze procedure kan van het volgende worden uitgegaan:

(i) Tussen de bank en belanghebbende, een vennootschap met onder meer een pensioendoelstelling, bestaat sedert 2004 een adviesrelatie.

(ii) Bij brief van 9 december 2004 heeft de bank aan belanghebbende, in de persoon van [naam belanghebbende], in overweging gegeven haar beleggingsportefeuille vastrentend samen te stellen en daartoe onder meer perpetuals van Royal Bank of Scotland, Aegon, Deutsche Postbank en AXA te kopen. Belanghebbende heeft dit advies in zoverre opgevolgd dat zij is overgegaan tot aankoop van perpetuals van Royal Bank of Scotland en Deutsche Postbank.

(iii) Naar aanleiding van een gesprek op 9 september 2005 heeft de bank op 16 september 2005 aan belanghebbende een beleggingsvoorstel gezonden. Geadviseerd werd te beleggen conform de Beperkt Risico Portefeuille, een zeer defensief profiel, dat een asset allocatie kent van 10% aandelen/onroerend goed en 90% vastrentende waarden.

(iv) Het voorstel, waarin wat het te beleggen vermogen betreft ten onrechte wordt uitgegaan van een bedrag van € 2.700.000 in plaats van omstreeks € 2.100.000 (zie hierna onder vi), houdt onder meer het volgende in:

"Beleggingsdoel: Vanaf 2009 zal er per jaar een bedrag van € 61.675 beschikbaar moeten zijn om het (overbruggings)pensioen uit te kunnen keren. Vanaf 2013 dient een bedrag aanwezig te zijn aan ouderdomspensioen van per jaar € 46.641. (…)

Bestaande effectenportefeuille: Het vermogen van de BV is op dit moment als volgt belegd:

Deutsche Postbank	*EUR*	*200.000*
Royal Bank of Scotland	*EUR*	*200.000*
Hoog Dividend Aandelen Fonds	*EUR*	*50.000*
ABN AMRO Best of World	*EUR*	*50.000 (…)*

Op basis van uw uitgangspunten, adviseren wij u te beleggen conform de Beperkt Risico Portefeuille. Wij adviseren u daarom de beschikbare middelen als volgt te verdelen:

Aandelen	*EUR*	*200.000*
Obligaties	*EUR*	*1.800.000*
Liquiditeiten	*EUR*	*700.000"*

(v) Als aan te kopen obligaties adviseerde de bank onder meer de hierna te noemen perpetuals van AXA en [naam bank]. Op 30 september 2005 zag de effectenportefeuille van belanghebbende er vervolgens aldus uit:

waarde in Euro's

3,25	%	EMTN	ABN/AMRO Bank 05/15	100.250,00
5,823	%	FLRN	AXA 04/…-EMTN-	96.140,00
6	%	FLRN	Deutsche Postbank 04	205.096,70
3,64	%	FLRN	[naam bank] Groep 03/.. (per	193.812,00
5,5	%	NOTES	Royal Bank of Scotland	04208.560,00
		AAND	BG-[naam bank] Hoog Dividend	55.253,50

Totaal 859.112,20

(vi) Bijlage 1 bij een brief van de bank van 19 oktober 2006 aan [naam belanghebbende] vermeldt als uitgangspunten bij de portefeuille van belanghebbende onder meer:

"Met koersen en waarden per 18 oktober 2006 houdt u een beleggingsportefeuille bij [naam bank] Private Banking aan met een omvang van ca. € 812.000. Naast deze portefeuille houdt u een liquide positie aan ter grootte van ca. € 1.264.000."

(vii) De waarde van de perpetuals, die op 30 september 2005 € 703.608,70 beliep, bedroeg op 31 december 2006 € 643.767,40. Kort voordien, op 14 november 2006, had [naam belanghebbende]over deze negatieve ontwikkeling per e-mail onder meer het volgende aan de bank bericht:

"Ik kan niet anders dan constateren dan dat na 2 jaar sprake is van een sterk negatief rendement. Dit resultaat is met name teleurstellend gezien de ontwikkeling van de 3 obligatie-fondsen waaraan ik eerder refereerde. In de adviezen die geleid hebben tot aankoop van de bewuste obligaties, is nimmer gewezen op de risico's cq mogelijke ontwikkelingen van deze individuele fondsen, zoals door jou toegelicht.
(…)
Indien deze risico's, zeker de mate waarin, mij tevoren onder de aandacht gebracht waren, dan had ik nooit belegd in individuele perpetuele fondsen, waarvan ik moet afwachten of die ooit afgelost worden.
(…)
Alvorens een afspraak te maken hoor ik eerst graag jullie reactie op:
1. zowel vwb het herstellen van het rendement van mijn bestaande portefeuille, als
(…)"

(viii) In de eerste helft van 2009 heeft belanghebbende de perpetuals van AXA, Deutsche Postbank, [naam bank] Groep en Royal Bank of Scotland verkocht. De verkoopwaarde bedroeg € 149.000,-.

3.2 Belanghebbende vordert vergoeding van de schade die zij, naar zij stelt, als gevolg van het handelen van de bank (ondeugdelijke beleggingsadviezen) heeft geleden. Die schade, zijnde het koersverlies op de perpetuals verminderd met de ontvangen rente, stelde zij aanvankelijk op € 493.900, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 3 juni 2009. In beroep heeft zij, met het oog op het bepaalde in art. 12.2 Reglement Commissie van Beroep, haar vordering in hoofdsom verminderd tot € 250.000,-.

3.3 De Geschillencommissie heeft belanghebbende niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek om klachtbehandeling. Hetgeen de Geschillencommissie daartoe heeft overwogen kan aldus worden weergegeven.

Belanghebbende had op het moment dat zij overging tot verkoop van de perpetuals in 2009 kunnen en moeten beseffen dat het door de bank gegeven advies niet deugdelijk was. Zij was toen immers op de hoogte van de eigenschappen en risico's van perpetuals en van het feit dat deze niet passend waren bij haar risicoprofiel en beleggingsdoeleinden. Nu zij des-ondanks eerst per brief van 6 april 2011 haar klacht bij de bank heeft ingediend, is de in art. 10.1, onder a, Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening genoemde termijn van een jaar ruimschoots overschreden, met als gevolg dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen (rov. 5.5-5.8).

4. Beoordeling van het beroep

Ontvankelijkheid in eerste aanleg

4.1.1 De Geschillencommissie heeft geoordeeld dat het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, hierna ook aan te duiden als het oude Reglement, van toepassing is op het onderhavige geschil omdat de eenjaarstermijn van art. 10.1 onder a, oude Reglement al verstreken was toen op 1 oktober 2011 het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, hierna ook aan te duiden als het nieuwe Reglement, in werking trad.

4.1.2 De overgangsbepaling van het op 1 oktober 2011 in werking getreden nieuwe Reglement luidt als volgt:

"Dit reglement heeft onmiddellijke werking. Op zaken die bij de Ombudsman of de Geschillencommissie aanhangig zijn gemaakt voor de datum van inwerkingtreding van dit reglement blijft het oude reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening respectievelijk Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van toepassing indien en voor zover de onmiddellijke werking een partij onredelijk zou benadelen."

4.1.3 De onderhavige zaak is op 8 september 2011, en dus voor de datum van inwerkingtreding van het nieuwe Reglement, aanhangig gemaakt bij de Ombudsman. Ingevolge de overgangs-regeling geldt ook in geval van een voor die datum van inwerkingtreding aanhangig gemaakte klacht de hoofdregel van onmiddellijke werking van het nieuwe Reglement, tenzij die werking een partij onredelijk zou benadelen. Dat toepassing van de in art. 15 van het nieuwe Reglement opgenomen regeling inzake het indienen van een klacht bij het Klachteninstituut tot onredelijke benadeling zou leiden, is niet gesteld en valt ook niet in te zien. Anders dan de Geschillencommissie oordeelde, is dus niet het oude maar het nieuwe Reglement van toepassing.

4.1.4 De art. 15.1 en 15.2 van het nieuwe Reglement luiden achtereenvolgens:

"15.1 De Consument moet zijn Klacht Schriftelijk in de Nederlandse taal aan het Klachteninstituut voorleggen binnen drie maanden te rekenen vanaf de dagtekening van de brief waarin Aangeslotene definitief Schriftelijk zijn standpunt over de Klacht aan de Consument heeft kenbaar gemaakt, en de Consument daarbij heeft gewezen op de mogelijkheid zijn Klacht binnen een termijn van drie maanden aan het Klachteninstituut voor te leggen.

15.2 Indien de Aangeslotene Consument bij de Schriftelijke afwijzing niet heeft gewezen op de mogelijkheid de Klacht aan het Klachteninstituut voor te leggen, of indien de Aangeslotene niet heeft gewezen op de termijn van drie maanden, moet Consument binnen een redelijke termijn zijn Klacht aan het Klachteninstituut voorleggen. Als uitgangspunt geldt daarbij een termijn van drie maanden nadat de aanleiding tot het indienen van de klacht is ontstaan, maar hiervan kan op grond van de omstandigheden van het geval ten gunste van de Consument worden afgeweken."

4.1.5 De bank heeft de klacht van belanghebbende bij brief van 17 juni 2011 afgewezen. Daarbij heeft zij niet gewezen op de mogelijkheid de klacht binnen een termijn van drie maanden aan het Klachteninstituut voor te leggen, zodat het bepaalde in art. 15.2 nieuwe Reglement hier toepassing dient te vinden. Gelet op het tijdsverloop tussen 17 juni 2011 en de hiervoor in 4.1.3 genoemde datum van 8 september 2011 moet worden geoordeeld dat de klacht binnen een redelijke termijn nadat deze door de bank was afgewezen aan het Klachteninstituut is voorgelegd.

Het beroep op art. 6:89 BW

4.2.1 Volgens de bank heeft belanghebbende niet binnen bekwame tijd in de zin van art. 6:89 BW bij haar geprotesteerd inzake de adviezen tot aankoop van de hiervoor in 3.1 genoemde perpetuals, en kan zij zich er dus nu niet meer op beroepen dat die adviezen ondeugdelijk waren. Belanghebbende, zo betoogde de bank in eerste aanleg, moet al in 2009, toen zij de perpetuals verkocht, van mening zijn geweest dat die effecten niet pasten bij haar risicoprofiel en beleggingsdoeleinden, maar zij heeft daarover pas bij brief van 6 april 2011, en dus te laat want ongeveer twee jaar nadien, een klacht bij de bank ingediend. Voor het geval de Beroepscommissie belanghebbende zou volgen in haar stelling dat reeds uit haar e-mail van 14 november 2006 aan de bank blijkt dat zij van mening was dat de hiervoor bedoelde adviezen ondeugdelijk waren, heeft de bank - zo begrijpt de Beroepscommissie althans het betoog in par. 3.3 van het verweerschrift - daaraan in beroep nog toegevoegd dat dan eens te meer geldt dat niet binnen bekwame tijd geprotesteerd is.

4.2.2 Evenals de Geschillencommissie is de Beroepscommissie van oordeel dat de e-mail van 14 november 2006 geen klacht behelst aangaande ondeugdelijke advisering: belanghebbende uit haar teleurstelling over het koersverloop van met name de perpetuals, constateert dat zij over bepaalde aan die effecten verbonden risico's niet was ingelicht en legt de vraag voor hoe tegenvallers als gevolg van haar niet bekende risico's bij toekomstige beleggingen te vermijden zijn. De Beroepscommissie deelt echter niet het oordeel van de Geschillencommissie dat belanghebbende op het moment dat hij in 2009 overging tot verkoop van de perpetuals moet hebben beseft dat de adviezen waarover het hier gaat niet deugdelijk waren geweest. Uit die beslissing tot verkoop valt immers geenszins af te leiden dat belanghebbende niet langer ervan uitging dat die adviezen passend waren geweest. Nu de bank niet op andere gronden bestrijdt dat belanghebbende pas in 2011 tot het inzicht kwam dat bedoelde adviezen ondeugdelijk waren geweest, treft het verweer dat het in de brief van 6 april 2011 vervatte protest niet binnen bekwame tijd naar voren is gebracht dan ook geen doel.

Advies ondeugdelijk?

4.3.1 Belanghebbende is, zoals aan de bank bekend was, een vennootschap met een pensioendoelstelling. Onder meer in verband met die doelstelling is op advies van de bank gekozen voor een zeer defensief profiel, waarvoor een asset allocatie gold van 10% aandelen/-onroerend goed en 90% vastrentende waarden.

4.3.2 De door de bank bij het geven van beleggingsadviezen in een geval als het onderhavige te betrachten zorg bracht, naar vaste rechtspraak van de Beroepscommissie, mee dat zij belanghebbende, toen zij deze in 2004 en 2005 adviseerde een deel van haar vermogen te beleggen in perpetuals (van financiële instellingen), op niet mis te verstane wijze diende te wijzen op de aan het beleggen in dit type obligaties verbonden bijzondere risico's. Anders dan de bank betoogt, kan uit het feit dat belanghebbende al had belegd in de perpetuals van Deutsche Postbank en Royal Bank of Scotland voordat het beleggingsadvies van 16 september 2005 werd uitgebracht niet worden afgeleid dat belanghebbende met die risico's bekend was.
Ook deze perpetuals zijn immers, in 2004, op advies van de bank aangekocht en uit de eigen stellingen van de bank volgt dat zij belanghebbende niet eerder dan eind februari/-begin maart 2006 van de risico's op de hoogte heeft gesteld.

4.3.3 Het niet voldoen aan deze waarschuwingsplicht levert een toerekenbare tekortkoming op, zodat - nu aannemelijk is dat belanghebbende, zoals zij stelt en door de bank niet (gemotiveerd) is bestreden, de perpetuals niet in haar portefeuille zou hebben opgenomen als zij bij het nemen van haar beleggingsbeslissingen in 2004 en 2005 over de hiervoor bedoelde risico's zou zijn ingelicht - de bank voor de daaruit voor belanghebbende voortgevloeide schade aansprakelijk is.

Schade

4.4.1 Belanghebbende heeft een door prof. dr. [naam] opgestelde schadeberekening in het geding gebracht. De bank heeft het daarin genoemde schadebedrag (nettoverlies over de periode tussen aan- en verkoop) van € 493.900,- slechts in zoverre bestreden dat zij zich op het standpunt heeft gesteld dat na 14 november 2006 ontstaan koersverlies niet voor vergoeding in aanmerking komt, nu belanghebbende blijkens haar e-mail van die datum toen bekend was met de aan de perpetuals verbonden bijzondere risico's, maar in plaats van schadebeperkende maatregelen te treffen, zoals zij had behoren te doen, die producten heeft aangehouden.

4.4.2 Dit verweer faalt in de eerste plaats omdat het is aangevoerd voor het zich blijkens rov. 4.2.2 niet voordoende geval dat geoordeeld zou worden dat genoemde e-mail een klacht behelst. Daarnaast stuit het ook daarop af dat de bank - nu gesteld noch gebleken is dat zij in reactie op genoemde e-mail, waarin onder meer "*het herstel van het rendement van mijn bestaande portefeuille*" aan de orde werd gesteld, kenbaar heeft gemaakt hoe belanghebbende haar verliezen op de perpetuals zou kunnen beperken - in redelijkheid niet aan belanghebbende kan tegenwerpen dat zij daarop gerichte maatregelen had moeten treffen.

5. Slotsom

Al het vorenstaande leidt ertoe dat het beroep gegrond is. De bank dient aan belanghebbende een schadevergoeding ten bedrage van € 250.000,- te voldoen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 3 juni 2009. Daarnaast zal de bank worden veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 2.000,- ter zake van de door belanghebbende betaalde bijdrage voor beroep en gemaakte proceskosten.

6. Beslissing

De Beroepscommissie stelt de volgende beslissing in de plaats van de beslissing van de Geschillencommissie:

- de bank dient aan belanghebbende, binnen vier weken na verzending van een afschrift van dit bindend advies aan partijen, een bedrag van € 250.000,- te vergoeden, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 3 juni 2009;
- de bank dient aan belanghebbende te vergoeden een bedrag van € 2.000,- ter zake van de door haar betaalde bijdrage voor beroep en gemaakte proceskosten.