Uitspraak Commissie van Beroep 2013-17 d.d. 30 mei 2013
(prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. A. Bus, mr. W.J.J. Los, mr. F.H.J. Mijnssen en mr. F.P. Peijster, leden en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Adviesrelatie. Verwijten dat is uitgegaan van een te offensief portefeuilleprofiel en te risicovolle samenstelling van de portefeuille verworpen.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in hoger beroep

1.1 Belanghebbenden hebben bij een op 4 september 2012 gedateerd beroepschrift, aangevuld bij een op 19 oktober 2012 gedateerd beroepschrift met bijlagen, op de voet van art. 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met art. 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: Reglement van Beroep) de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) in het geschil tussen partijen en aan belanghebbenden toegezonden bij brief van 2 augustus 2012, ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Beroepscommissie).

1.2 Verweerster heeft bij een op 7 december 2012 gedateerd verweerschrift met bijlagen het hoger beroep bestreden. Dit verweerschrift strekt ertoe dat de Beroepscommissie de uitspraak van de Geschillencommissie zal handhaven.

1.3 De Beroepscommissie heeft de zaak mondeling behandeld op 25 februari 2013. Belanghebbenden waren bij de behandeling aanwezig vergezeld van, onder meer, hun gemachtigde, advocaat te 's-Gravenhage. Beide partijen waren aanwezig.

1.4 Partijen hebben hun standpunten toegelicht en vragen van de Beroepscommissie beantwoord. De gemachtigde van belanghebbenden heeft een pleitnota overgelegd.

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 2.12 van haar uitspraak vermelde feiten.

3.2 Belanghebbenden hebben onder 2 tot en met 15 van hun aanvullend beroepschrift een aantal feiten vermeld waarmee zij de weergave van de feiten door De Geschillencommissie aangevuld wensen te zien. De Beroepscommissie zal hierop zo nodig ingaan bij de bespreking van het beroep.

3.3 Belanghebbenden hebben naar de Geschillencommissie heeft vastgesteld, in eerste aanleg vergoeding gevorderd van € 989.999,- met rente. Deze vordering hebben belanghebbenden wat de fundamentele portefeuille betreft gegrond op het volgende.

- De bank heeft een risicoprofiel vastgesteld dat niet past bij belanghebbenden.
- De bank heeft nagelaten het risicoprofiel aan te passen aan de belangrijke veranderingen in de situatie van belanghebbenden.
- De daadwerkelijke portefeuille kwam niet met het geadviseerde model overeen.
- De bank heeft belanghebbenden niet geïnformeerd en gewaarschuwd voor de risico's in de portefeuille.
- De bank heeft belanghebbenden geadviseerd te beleggen in perpetuele obligaties terwijl deze producten gezien de beleggingsdoelstelling en het risicoprofiel van belanghebbenden niet geadviseerd hadden mogen worden. Bovendien heeft de bank belanghebbenden niet geïnformeerd en gewaarschuwd voor de risico's die perpetuele obligaties meebrengen.
- De bank heeft onvoldoende spreiding geadviseerd.
- De bank heeft geen initiatief genomen om tot een oplossing te komen ten aanzien van de klachten van belanghebbenden.

Wat de trading portefeuille betreft is volgens belanghebbenden het tekortschieten van de bank gelegen in het volgende.

- De bank heeft niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht.
- De bank heeft belanghebbenden een ongeschikt product geadviseerd.
- De bank heeft geen risicoprofiel gekoppeld aan de portefeuille van belanghebbenden.

3.4 De Geschillencommissie heeft de vordering van belanghebbenden afgewezen.

4. Beoordeling van de in beroep aangevoerde bezwaren

4.1 Belanghebbenden hebben vijftien door de Beroepscommissie als bezwaren aan te merken grieven aangevoerd tegen de uitspraak van de Geschillencommissie.

Bezwaar 1

4.2 Het eerste bezwaar is gericht tegen rechtsoverweging 4.2 van de Geschillencommissie voor zover zij hierin overweegt dat belanghebbenden de bank verwijten dat zij de trading portefeuille en de fundamentele portefeuille in 2006 heeft samengevoegd. Dit bezwaar komt hierna bij de behandeling van de vijftiende grief aan de orde.

Bezwaar 2

4.3.1 Het tweede bezwaar van belanghebbenden houdt, kort weergegeven, in dat de bank als beleggingsadviseur is tekortgeschoten toen zij belanghebbenden eind 2004/begin 2005 adviseerde het belegde vermogen te verdelen over een fundamentele portefeuille met een matig offensief profiel en een trading portefeuille met een zeer offensief profiel. Belanghebbenden zijn van mening dat de fundamentele portefeuille een defensief profiel had moeten hebben nadat het vermogen was verdeeld over de fundamentele en de, zeer risicovolle, trading portefeuille.

4.3.2 Op grond van hetgeen partijen waren overeengekomen diende de bank bij haar advisering vóór de splitsing van de portefeuille uit te gaan van een matig offensief profiel met betrekking tot de gehele portefeuille. Niet gesteld of gebleken is dat belanghebbenden, na de splitsing van de oorspronkelijke portefeuille in de fundamentele en de trading portefeuille, met betrekking tot de fundamentele portefeuille jegens de bank ervan hebben doen blijken dat zij met betrekking tot dit deel van hun vermogen een meer behoudende strategie wilden voeren. De door de bank jegens belanghebbenden in acht te nemen zorg bracht ook niet mee dat de bank met betrekking tot de fundamentele portefeuille een meer behoudend profiel had behoren adviseren. Bij haar advisering diende de bank in beginsel uit te gaan van hetgeen tussen partijen was overeengekomen. Vóór de splitsing van de portefeuilles is uitvoerig ingegaan op de risico's die een meer offensief beleggings-beleid mee zou brengen. Zoals de Geschillencommissie onweersproken heeft vastgesteld onder 2.6 van haar uitspraak is besloten tot splitsing van de oorspronkelijke portefeuille omdat belanghebbenden aan de bank hadden te kennen gegeven actiever te willen beleggen met een deel van hun vermogen. Als belanghebbenden, tegenover het door hen gewenste meer offensieve beleggingsbeleid ten aanzien van de trading portefeuille, een defensiever beleid ten aanzien van de fundamentele portefeuille hadden wensen te voeren, dan hadden zij dit aan de bank moeten mededelen. De overeenkomst had dan in deze zin kunnen worden aangepast. Nu dit niet is gebeurd kon de bank in redelijkheid ervan uitgaan dat na de splitsing het voordien, ten aanzien van de gehele portefeuille, geldende beleid zou worden voortgezet ten aanzien van de fundamentele portefeuille.

Bezwaar 3

4.4.1 Het derde bezwaar, dat is gericht tegen rechtsoverweging 4.6 van de Geschillencommissie, bevat twee onderdelen. In de eerste plaats voeren belanghebbenden aan dat de desbetreffende beleggingsadviseur zich onvoldoende in de situatie van belanghebbenden heeft verdiept. Had hij dit wel gedaan, dan zou de bank het matig offensieve profiel van de fundamentele portefeuille hebben gewijzigd in een meer defensief profiel.

4.4.2 Dit bezwaar stuit erop af dat niet kan worden gezegd dat het - gehandhaafde - matig offensieve profiel niet in overeenstemming was met de situatie waarin belanghebbenden verkeerden zoals de Geschillencommissie heeft geoordeeld. Bij haar oordeel heeft de Geschillencommissie terecht rekening gehouden met de leeftijd van belanghebbenden, de omstandigheid dat beide belanghebbenden nog in loondienst werkzaam waren en de beleggingshorizon van meer dan tien jaar.

4.4.3 Het tweede onderdeel van het onderhavige bezwaar betreft het oordeel van de Geschillencommissie onder 4.6 dat op 4 oktober 2005 door invulling van het compliance-formulier het risicoprofiel 'matig offensief' is gehandhaafd. Belanghebbenden voeren aan dat het door de bank ingestelde onderzoek naar het risicoprofiel is geschied aan de hand van een te oppervlakkig onderzoek. Belanghebbenden wijzen hierbij erop dat bij de vraag naar de beleggingservaring van belanghebbenden voor verschillende categorieën beleggingen kon worden gekozen tussen "langer dan 6 jr.", "langer dan 2 jr.", "korter dan 2 jr." en "nee".

4.4.4 Niet valt in te zien dat een onderzoek naar de beleggingservaring van belanghebbenden aldus onvoldoende is geweest. Voor zover in dit bezwaar besloten ligt dat andere vragen in het compliance-formulier te oppervlakkig van aard waren om hierop een behoorlijk risicoprofiel te baseren faalt het, omdat niet kan worden gezegd dat de bank naar de destijds geldende maatstaven een verdergaand onderzoek had behoren in te stellen.

Bezwaar 4

4.5.1 Het vierde bezwaar is gericht tegen het oordeel van de Geschillencommissie in haar rechtsoverweging 4.6 dat de vaststelling van het profiel op 4 oktober 2005 als "matig offensief" niet voorkomt als een profiel dat niet bij belanghebbenden zou passen. Bij dit oordeel heeft de Geschillencommissie in aanmerking genomen: de leeftijd van belanghebbenden, dat zij nog in loondienst werkzaam waren en dat hun beleggingshorizon meer dan tien jaar bedroeg.

4.5.2 Ter ondersteuning van hun hier besproken bezwaar beroepen belanghebbenden zich op een drietal uitspraken. In de eerste uitspraak, rechtbank Amsterdam 7 maart 2011 (LJN BW4297), ging het om een belegger met een "laag" risicoprofiel aan wie een niet bij dat profiel passende belegging was geadviseerd. Deze uitspraak betreft niet de vraag of een juist profiel was overeengekomen. De tweede uitspraak, rechtbank Rotterdam 10 februari 2010 (LJN BL4890), betrof een geval waarin een vermogensbeheerder niet de vereiste informatie over haar cliënt had ingewonnen. Hierin verschilt deze uitspraak met het onderhavige geval, waarin de bank wel informatie heeft ingewonnen.

De derde uitspraak, Geschillencommissie KiFiD van 6 juli 2010 (2010/132), betrof een geval waarin een vermogensbeheerder bekend was en bleef met een pensioendoelstelling. Van het bestaan van een pensioendoelstelling is in het onderhavige geval echter niet gebleken.

4.5.3 De rechtspraak waarnaar belanghebbenden verwijzen biedt aldus geen ondersteuning voor hun standpunt dat een matig offensief profiel niet paste bij de fundamentele portefeuille. Het oordeel van de Geschillencommissie te dezer zake is, mede gezien de – hoezeer beknopte – motivering, niet onjuist of onvolledig.

Bezwaar 5

4.6.1 Het vijfde bezwaar is gericht tegen rechtsoverweging 4.8 van de Geschillencommissie. Zij overweegt daar dat niet aannemelijk is geworden dat het beleggingsdoel van belanghebbenden was gericht op het opbouwen van pensioen.

4.6.2 Belanghebbende 1 heeft op het door hem op 4 oktober 2005 ondertekende compliance-formulier niet de mogelijkheid gebruikt om te vermelden dat het beleggingsdoel was te voorzien in pensioen. De bank heeft deze gedraging mogen opvatten als de verklaring dat het beleggingsdoel niet was te voorzien in pensioen. De omstandigheden van het onderhavige geval dwingen niet tot het oordeel dat de bank verder onderzoek had moeten doen.

Bezwaren 6 en 7

4.7.1 De bezwaren onder 6 en 7, die zijn gericht tegen rechtsoverweging 4.9 van de Geschillencommissie, lenen zich voor gezamenlijke behandeling. In de genoemde rechtsoverweging oordeelt de Geschillencommissie dat het op de weg van de bank had gelegen om nadat in 2007 een nieuwe situatie was ontstaan, te bezien of het cliëntenprofiel nog aansloot bij de doelstellingen en wensen van belanghebbenden. Dat de bank dit heeft nagelaten kan naar het oordeel van de Geschillencommissie echter niet leiden tot het oordeel dat de bank aansprakelijk is, omdat belanghebbenden niet hebben aangetoond dat deze nalatigheid oorzaak is geweest van door belanghebbenden geleden schade. Hieraan voegt de Geschillencommissie in de bestreden rechtsoverweging toe dat het profiel "enigszins offensief" ook in de nieuwe situatie niet als niet passend kan worden aangemerkt.

4.7.2 Uit het slot van de bestreden rechtsoverweging volgt dat de Geschillencommissie van oordeel is dat indien de bank wel een onderzoek had gedaan naar het te hanteren risicoprofiel, dit niet zou hebben geleid tot aanpassing ervan. Dit oordeel houdt stand. Hetgeen belanghebbenden hebben aangevoerd rechtvaardigt niet dat een ander beleggingsprofiel dan gematigd offensief had behoren te worden geadviseerd na een onderzoek naar het te hanteren beleggingsprofiel nadat de omstandigheden waarin belanghebbenden verkeerden in 2007 waren veranderd.

Bezwaar 8

4.8.1 In hun bezwaar onder 8 voeren belanghebbenden in de eerste plaats aan dat de Geschillencommissie in haar rechtsoverweging 4.11 ten onrechte stelt dat in 2008 de fundamentele portefeuille risicovoller was samengeteld dan het door de bank bepaalde risicoprofiel matig offensief. Dit onderdeel van het bezwaar faalt omdat niet wordt aangevoerd waarom het bestreden oordeel onjuist zou zijn.

4.8.2 In het tweede onderdeel van dit bezwaar voeren belanghebbenden aan dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat het enkele feit dat de daadwerkelijke samenstelling van de fundamentele portefeuille in de jaren 2006 en 2007 risicovoller is geweest dan was aanbevolen, niet voldoende is om aan te nemen dat belanghebbenden hierdoor schade hebben geleden.

4.8.3 In het onderhavige bezwaar ligt besloten dat de bank is tekortgeschoten omdat de samenstelling van de fundamentele portefeuille in de genoemde periode meer risico meebracht dan door de bank was aanbevolen. De omstandigheid dat de samenstelling van de portefeuille meer risico meebracht rechtvaardigt echter zonder meer niet het oordeel dat een dergelijke risicovolle samenstelling kan worden toegerekend aan de bank.

Het gaat in het onderhavige geval om een adviesrelatie. Daarin waren belanghebbenden in beginsel zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van door hen genomen beslissingen ten aanzien van het te volgen beleggingsbeleid en daarmee de samenstelling van de portefeuille. Dit zou anders zijn wanneer het meerdere risico een gevolg zou zijn van een door de bank geadviseerd beleggingsbeleid en de bank, als goed beleggingsadviseur, een dergelijk advies niet had mogen geven. Dat hiervan in het onderhavige geval sprake is geweest, is niet gebleken.

Bezwaar 9

4.9.1 Met hun bezwaar onder 9 komen belanghebbenden klaarblijkelijk op tegen hetgeen de Geschillencommissie overweegt in haar rechtsoverweging 4.12. De Geschillencommissie overweegt daar, samengevat, dat belanghebbenden stellen dat de bank hen niet heeft geïnformeerd over de gevolgen van het voorgestelde risicoprofiel en niet ervoor heeft gewaarschuwd dat de fundamentele portefeuille niet in overeenstemming was met een voor hen geschikt defensief model. Dit onderdeel van de inleidende klacht heeft de Geschillencommissie verworpen op de grond dat niet is komen vast te staan dat de fundamentele portefeuille niet in overeenstemming is met het voor belanghebbenden geschikte risicoprofiel.

4.9.2 Hiertegen voeren belanghebbenden in beroep aan dat een matig offensief profiel niet passend was bij de situatie van belanghebbenden in 2005 en 2007. Hierbij verwijzen belanghebbenden naar eerder door hen aangehaalde uitspraken. Zij voegen toe dat zij volstaan met een verwijzing.

4.9.3 Het aldus geformuleerde bewaar roept de vraag op of het voldoet aan de aan een bezwaar zoals bedoeld in art. 6.2 Reglement van Beroep te stellen eisen. Volgens deze bepaling moet degene die beroep instelt tegen een uitspraak van de Geschillencommissie in zijn beroepschrift bezwaren tegen deze uitspraak vermelden. Aan een in een beroepschrift zoals is bedoeld in art. 6.2 Reglement van Beroep vermeld bezwaar dient de eis te worden gesteld dat daaruit duidelijk is tegen welke oordeel of oordelen dan wel overweging of overwegingen van de Geschillencommissie het is gericht. Het bezwaar moet het de verweerder voorts mogelijk maken ertegen verweer te voeren en het moet de Beroepscommissie in staat stellen de juistheid van het aangevoerde bezwaar te beoordelen. Een bezwaar als hier bedoeld moet daarom met voldoende bepaaldheid en precisie vermelden waarom naar de mening van de appellant het bestreden oordeel of de bestreden overweging onjuist is dan wel waarom zij de beslissing van de Geschillencommissie niet kan dragen. Dit een en ander lijdt uitzondering indien zonder meer duidelijk is waarin de onjuistheid van het oordeel of de overweging van de Geschillencommissie is gelegen.

4.9.4 Het hiervoor onder 4.9.2 weergegeven bezwaar is in de zo-even bedoelde zin niet voldoende gepreciseerd en voldoet daarom niet aan de aan een bezwaar zoals bedoeld in art. 6.2 van het Reglement van Beroep, te stellen eisen. Zonder verdere toelichting is ook niet zonder meer duidelijk waarin de onjuistheid van het bestreden oordeel van de Geschillencommissie zou moeten zijn gelegen.
Van belang hierbij is ook dat de door belanghebbenden in hun vierde bezwaar vermelde rechtspraak niet ter zake doet, zoals hiervoor onder 4.5.2 en 4.5.3 is overwogen.

Bezwaar 10

4.10.1 Het tiende bezwaar is gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.16 en 4.17 van de Geschillencommissie. Daar overweegt de Geschillencommissie onder meer dat het aandeel van perpetuele obligaties in de gehele portefeuille zeer gering was, te weten 1,8%. Zij oordeelde dat een dergelijk percentage in een matig offensieve portefeuille destijds niet ongebruikelijk was. Belanghebbenden bestrijden het genoemde percentage. Zij voeren aan dat dit percentage hoger moet worden gesteld omdat het niet alleen ging om perpetuele obligaties maar ook om andere, van traditionele obligaties afwijkende, obligaties, door belanghebbenden aangeduid als "exotische" obligaties.

4.10.2 Belanghebbenden stellen niet welke andere, in dit verband met perpetuele obligaties gelijk te stellen, "exotische" obligaties zij op het oog hebben. Zij stellen ook niet welk percentage van de desbetreffende portefeuille bestond uit dergelijke obligaties. Het onderhavige bezwaar is daarom onvoldoende gespecificeerd en voldoet niet aan de eraan te stellen eisen. Zonder verdere toelichting, die ontbreekt, is ook niet duidelijk waarin de onjuistheid van het bestreden oordeel van de Geschillencommissie is gelegen.

Bezwaar 11

4.11.1 In hun elfde bezwaar bestrijden belanghebbenden rechtsoverweging 4.18 van de Geschillencommissie. Hierin oordeelt de Geschillencommissie dat belanghebbenden onvoldoende hebben gesteld ter ondersteuning van hun stelling dat de bank onvoldoende spreiding heeft geadviseerd, waardoor een te hoge concentratie van perpetuele obligaties en een te hoog beleggingsdeel van door de bank zelf uitgegeven effecten in de fundamentele portefeuille zijn opgenomen.

4.11.2 Het onderhavige bezwaar kan niet leiden tot een ander oordeel dan waartoe de Geschillencommissie is gekomen. Als al sprake ervan zou zijn dat de bank onvoldoende erop heeft aangedrongen meer spreiding in de portefeuille aan te brengen, dan nog valt zonder verdere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat dit tot nadeel voor belanghebbenden heeft geleid.

Bezwaar 12

4.12.1 Het twaalfde bezwaar is gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.19 en 4.22 van de Geschillencommissie. Belanghebbenden voeren in dit bezwaar aan dat de bank hen had moeten adviseren de strategie te wijzigen of om mee te werken met stop losses. Ter ondersteuning hiervan verwijzen belanghebbende naar het klaagschrift in eerste aanleg van 8 april 2010.

4.12.2 Belanghebbenden vermelden niet welk onderdeel van het klaagschrift zij hierbij op het oog hebben. Zonder verdere toelichting, welke ontbreekt, is ook niet duidelijk waarop belanghebbenden doelen. Nu dit bezwaar aldus niet voldoende is gespecificeerd voldoet het niet aan de eraan te stellen eisen.

Bezwaar 13

4.13.1 Het dertiende bezwaar is gericht tegen rechtsoverweging 4.23 van de Geschillencommissie. Daar verwerpt zij de stelling van belanghebbenden dat de bank vele risicovolle posities in de trading portefeuille heeft opgebouwd. Zij grondt deze verwerping erop dat de bank dit bij de behandeling van de klacht gemotiveerd heeft betwist en dat zij ter zitting heeft aangevoerd dat belanghebbenden in 2005 en 2006 het merendeel van de transacties zelf hebben gedaan via internetbankieren buiten het zicht van de bank om. In 2005 zouden van de 27 transacties 22 transacties door belanghebbenden zelf via internetbankieren zijn uitgevoerd en in 2006 36 van de 57 transacties. In het licht van deze gemotiveerde betwisting hebben belanghebbenden, naar het oordeel van de Geschillencommissie, onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die hun stelling dat de bank te veel risicovolle posities heeft opgebouwd kan onderbouwen.

4.13.2 De bank had zich verbonden tot advisering van belanghebbenden. Zij of belanghebbende 1 gaven zelf opdracht tot het aangaan van effectentransacties, in veel gevallen geheel buiten de bank om. Van tekortschieten van de bank kan dan sprake zijn wanneer zou zijn gesteld en gebleken dat een te risicovolle samenstelling van de portefeuille zou zijn terug te voeren op onjuiste advisering door de bank. Niet is gesteld noch aannemelijk geworden dat belanghebbenden transacties zijn aangegaan op grond van door de bank gegeven onjuiste adviezen. Het bezwaar moet daarom falen.

Bezwaar 14

4.14.1 Het bezwaar onder 14 houdt in de eerste plaats in dat de Geschillencommissie in haar rechtsoverweging 4.24 ten onrechte heeft overwogen dat de trading portefeuille en de fundamentele portefeuille in 2007 niet zijn samengevoegd. Dit bezwaar mist feitelijke grondslag. De Geschillencommissie heeft in de genoemde rechtsoverweging tot uitgangspunt genomen dat de beide portefeuilles wel zijn samengevoegd.

4.14.2 Het bezwaar onder 14 is voorts gericht tegen het oordeel van de Geschillencommissie in haar rechtsoverweging 4.24 dat de stelling van belanghebbenden dat de bank de trading portefeuille en de fundamentele portefeuille eind 2007 in strijd met het de inhoud van de zogenaamde trading brief - van 23 februari 2005 - heeft samengevoegd, onvoldoende is om aan te nemen dat de bank op dit punt niet heeft voldaan aan de voor haar geldende professionele standaard. Daartoe waren, naar het oordeel van de Geschillencommissie, aanvullende feiten en omstandigheden vereist die naar haar oordeel niet zijn gesteld of gebleken.

4.14.3 Het onderhavige punt van geschil tussen partijen betreft de vraag of belanghebbenden op 13 december 2007, telefonisch, aan de bank opdracht hebben gegeven de beide portefeuilles bijeen te voegen. De bank heeft bij de behandeling van het geschil bij de Ombudsman in haar brief van 26 juli 2010 aangevoerd dat belanghebbenden op genoemde datum telefonisch opdracht tot de samenvoeging hebben gegeven. De bank heeft dit herhaald bij haar brief aan de Ombudsman van 26 juli 2010.

4.14.4 In het midden kan blijven of de belanghebbenden in december 2007 uitdrukkelijk telefonisch opdracht hebben gegeven de beide portefeuilles bijeen te voegen. Hadden belanghebbenden bezwaar tegen de samenvoeging, dan hadden zij dit tijdig aan de bank kenbaar moeten maken. Niet gesteld of gebleken is dat belanghebbenden dit hebben gedaan. Onder deze omstandigheden mocht de bank op grond van verklaringen en/of gedragingen van belanghebbenden redelijkerwijs ervan uitgaan dat de samenvoeging de instemming had van belanghebbenden.

Bezwaren 1 en 15

4.15.1 Het bezwaar onder 1 heeft naast het bezwaar onder 15 geen zelfstandige betekenis.

4.15.2 Het bezwaar onder 15 is in het bijzonder gericht tegen rechtsoverweging 4.25 van de Geschillencommissie. Zij overweegt daar:
"Tot slot hebben Consumenten ter zitting gesteld dat Aangeslotene niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht omdat zij zonder toestemming van of voorafgaand overleg met Consumenten de fundamentele portefeuille en de spaarsaldi op de lopende spaarrekeningen van Consumenten heeft gebruikt als zekerheid voor de posities in de trading portefeuille. Ter onderbouwing van deze stelling hebben Consumenten verwezen naar een aantal stukken welke zij hebben gevoegd bij hun brief aan de Commissie van 13 juni 2012. Dit betreft onder meer de trading brief van Aangeslotene van 23 februari 2005, de vermogensrapportages van de trading portefeuille over 2008, de brief van Aangeslotene aan Consumenten van 27 juni 2008 over verruiming van de bestedingsruimte en de door Aangeslotene aan Consument 1 verzonden brieven met betrekking tot het ontstane dekkingstekort in de trading portefeuille. Uit deze stukken - ook in onderlinge samenhang bezien - valt evenwel naar het oordeel van de Commissie niet af te leiden dat Aangeslotene de fundamentele portefeuille en de spaarsaldi op de lopende spaarrekeningen van Consumenten heeft gebruikt als zekerheid voor de posities in de trading portefeuille. Ook anderszins is de Commissie dit niet aannemelijk geworden, zodat dit onderdeel van de klacht eveneens faalt."

4.15.3 Belanghebbenden bestrijden deze rechtsoverweging ermee dat de bank op ongeoorloofde wijze de fundamentele portefeuille en de saldi op de lopende (spaar)rekeningen van belanghebbenden heeft aangewend tot zekerheid van de marginverplichtingen in de trading portefeuille.

4.15.4 In de tot de stukken van het geding behorende brief van de bank aan belanghebbenden, gedateerd op 27 juni 2008, schrijft de bank onder meer:
"Met deze brief bevestigen wij dat wij op uw verzoek voor uw beleggingen uw bestedingsruimte op een andere manier zullen berekenen dan zoals is bepaald in de Voorwaarden Effectendienstverlening ABN AMRO".

Dit geldt uitsluitend voor de fiattering van uw effectenorders, voor de bewaking van uw bestedingsruimte en, indien u opties schrijft, voor de maximale omvang van uw marginverplichtingen.

(…)

Verruiming bestedingsruimte voor uw beleggingen.
Uw bestedingsruimte zal niet alleen worden berekend op basis van uw Geldrekening(…), maar ook op basis van uw:
- betaalrekeningen;
- spaarrekeningen waarvan het saldo vrij beschikbaar is (…);
- deposito's;
- eventueel in de toekomst nieuw te openen rekeningen.

(…)

Graag ontvangen wij kopie van deze brief, door u voor akkoord getekend, retour. Na ontvangst daarvan zullen wij onze systemen aanpassen aan hetgeen wij met u in deze brief zijn overeengekomen."

4.15.5 Er is, naar blijkt uit hetgeen belanghebbenden vermelden onder 11 tot en met 15 van hun aanvullend beroepschrift, voor hen onduidelijkheid ontstaan over de vraag of de rekeningen van **belanghebbenden en de fundamentele portefeuille dienden tot zekerheid voor tekorten die waren,** of zouden ontstaan als gevolg van transacties in de trading portefeuille. Belanghebbenden hebben toen, naar zij stellen, aan een medewerker van de bank meegedeeld dat zij dit niet wensten. De bank heeft ontkend dat zij het overige vermogen van belanghebbenden beschouwde als zekerheid voor dekkingstekorten in de trading portefeuille.

4.15.6 Het kan zijn dat destijds onduidelijkheid erover heeft bestaan of de bank het overige bij haar berustende vermogen van belanghebbenden of delen hiervan, heeft beschouwd als zekerheid voor tekorten die als gevolg van transacties in de trading portefeuille waren of zouden ontstaan. De onder 4.14.4 aangehaalde brief van 27 juni 2008 laat geen andere uitleg toe dan dat de bank ervan uitging dat bij berekening van de bestedingsruimte en de omvang van de marginverplichtingen niet het gehele vermogen van belanghebbenden dat bij de bank berustte in aanmerking mocht worden genomen. Dit was in overeenstemming met de door belanghebbenden onder 8 van hun aanvullende beroepschrift aangehaalde tradingbrief. De brief van 27 juni 2008 behelst het voorstel van de bank tot verruiming van de dekking met de genoemde andere bij de bank berustende vermogensbestanddelen van belanghebbenden. Onmiskenbaar is dat de verruiming pas zou ingaan nadat belanghebbenden door voor akkoord ondertekening van de brief zouden hebben verklaard dat zij met de verruiming instemden.

4.15.7 Belanghebbenden hebben de brief niet van hun akkoordverklaring voorzien en zij hebben het door de bank gedane voorstel dan ook niet aanvaard.

4.15.8 Dit een en ander leidt tot de conclusie dat niet is gebleken dat de bank ervan is uitgegaan dat zij de fundamentele portefeuille en de spaarsaldi op de lopende spaarrekeningen van belanghebbenden heeft mogen gebruiken tot zekerheid voor de posities in de trading portefeuille. Wat de spaarsaldi op de lopende rekeningen betreft niet zolang belanghebbenden de brief van 27 juni 2008 niet voor akkoord zouden hebben getekend. Het hiervoor weergegeven oordeel van de Geschillencommissie aangevoerde bezwaar moet hierom falen.

4.15.9 Dat de bank, zoals belanghebbenden onder 6 van hun aanvullende beroepschrift vermelden, eerst nadat de voor akkoord ondertekening van de brief van 27 juni 2008 uitbleef schriftelijk is gaan waarschuwen voor dekkingskorten is begrijpelijk omdat, zou de brief wel voor akkoord zijn getekend, geen sprake zou zijn geweest van tekort. Klaarblijkelijk heeft de bank de tekortenbrieven niet willen verzenden zolang nog de instemming van belanghebbenden met de brief van 27 juni 2008 kon worden verwacht.

Schade

4.16 Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat niet gezegd kan worden dat de bank is tekortgeschoten in de uitvoering van haar overeenkomst met belanghebbenden. Voor zover belanghebbenden in beroep betogen dat zij als gevolg van tekortkomingen van de bank schade hebben geleden moet dit buiten beschouwing worden gelaten.

5. Slotsom

Hetgeen hiervoor is overwogen leidt tot de slotsom dat het beroep faalt. De uitspraak van de Geschillencommissie moet daarom worden gehandhaafd.

6. Beslissing

De Beroepscommissie handhaaft de bestreden beslissing van de Geschillencommissie.