Uitspraak Commissie van Beroep 2013-03 d.d. 21 januari 2013
(prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. J.B. Fleers, mr. F.H.J. Mijnssen,
drs. P.H.M. Kuijs AAG en mr. A. Bus, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Adviesrelatie; bewijslastverdeling; niet aan de ombudsman voorgelegde klacht.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in beroep

1.1 Appellant (hierna: belanghebbende), heeft bij een op 3 mei 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 de uitspraak van de Geschillencommissie van 26 maart 2012 ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Beroepscommissie).

1.2 Verweerster (hierna: de bank), heeft een op 23 augustus 2012 gedateerd verweerschrift, met bijlagen, ingediend.

1.3 De Beroepscommissie heeft de zaak mondeling behandeld op 5 november 2012. Partijen hebben bij die gelegenheid hun standpunt nader toegelicht en vragen beantwoord. Belanghebbende 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. Beoordeling van het beroep

3.1 In beroep kan worden uitgegaan van de feiten die in de uitspraak van de Geschillencommissie zijn vermeld onder 2.1 tot en met 2.4 alsmede 4.3. Samengevat, en op enkele punten aangevuld met hetgeen in hoger beroep nader is komen vast te staan, gaat het daarbij om het volgende.

(i) Belanghebbende heeft op 10 januari 2007 met A, later opgegaan in de bank, een "Overeenkomst effectendienstverlening" gesloten. Daarbij verbindt (thans) de bank zich onder meer tot het desgevraagd verstrekken van beleggingsadviezen waarbij het beleggersprofiel van belanghebbende als richtlijn zal worden aangehouden (art. 1.3). Bij de op die datum met de bank gehouden bespreking

is tevens een vragenlijst met het opschrift "Uw persoonlijke beleggersprofiel" ingevuld, en door belanghebbende ondertekend. Dit stuk bevat onder meer als verklaring van belanghebbende dat "neutraal" het door hem gekozen beleggers-profiel is. Bij een "neutraal" profiel hanteert de bank als bandbreedtes 35-65% obligaties, 35-65% aandelen, 0-15% vastgoed en 0-2% liquiditeiten.

(ii) Op 16 januari 2007 heeft de bank een op 15 januari 2007 gedateerd beleggings-voorstel aan belanghebbende gezonden. Als uitgangspunten bij de vaststelling - "mede op basis van een vragenlijst" - dat zijn beleggingsprofiel "neutraal" is, worden in dit voorstel onder meer genoemd:

<u>Financiële positie</u>

- uw (vrij) te beleggen vermogen bedraagt € 500.000,00;
- u heeft aanvullende inkomensmaatregelen genomen voor uw pensioen en arbeidsongeschiktheid, u heeft nog enig aanvullend inkomen nodig;

<u>Beleggingsdoelstelling</u>

- uw beleggingshorizon is langer dan 6 jaar;
- de belangrijkste reden om te beleggen is groei van uw vermogen op langere termijn en ten dele inkomen;

<u>Ervaring met beleggen</u>

- u heeft ruime ervaring met beleggen;

<u>Risico en rendement</u>

- u streeft naar een rendement van ongeveer 5,5 tot 7% per jaar;
- u bent bereid om risico te nemen en u wilt wel voor een deel in aandelen beleggen. Een eventuele waardedaling van 6-12% is voor u op enig moment acceptabel.

(iii) Nadat dit voorstel op 24 januari 2007 met belanghebbende was besproken is de portefeuille op 25 en 26 januari en 23 februari 2007 in overeenstemming met het voorstel aldus ingericht dat, via een twintigtal beleggingsfondsen van onder andere ABN AMRO, Fortis, Robeco en JPMorgan, voor 46% is belegd in aandelen, voor 7% in vastgoed, voor 19% in obligaties, voor 3% in commodities en voor 25% in absolute returns. De totale waarde van de portefeuille bedroeg toen € 487.348,30.

(iv) Nadien hebben partijen de portefeuille aan aantal malen besproken. Een door een medewerker van de bank opgemaakt, niet aan belanghebbende toe-gezonden, verslag inzake de op 15 januari 2008 gehouden bespreking luidt

onder meer:
"Zij maken zich wat zorgen over de ontwikkelingen op de financiële markten en vragen zich af of er iets gewijzigd moet worden. Het vermogen dat op naam van [belanghebbende] staat is bedoeld als pensioen en mag als zodanig niet heel veel risico lopen. Begin 2007 is deze portefeuille door beleggingsadviseur (…) opgesteld aan de hand van het Smart Benchmark Neutraal principe en ondertussen is er niets gewijzigd. Ik heb aangegeven dat als zij vinden dat de portefeuille teveel fluctueert, er gekozen moet worden voor minder risico. Dit betekent dan afbouwen in aandelen en naar staatsobligaties. Aangezien de rendementen hiervan een stuk lager liggen zijn cliënten hier nog niet aan toe en willen zij er nog even over denken."

Volgens aantekeningen van de bank (prod. 5 bij verweerschrift in hoger beroep) is bij de bespreking van 13 juni 2008 het heroverwegen van de portefeuille in verband met het genereren van inkomsten aan de orde geweest, en heeft de bank begin september 2008 aan belanghebbende voorgesteld om uit verschillende verkopen € 40.000,- te genereren voor de aankoop van Fortis OBAM Garantiecertificaten, maar heeft belanghebbende op 22 september 2008 laten weten daarmee nog te willen wachten in verband met een opleving van de beurs.

(v) In 2008 heeft belanghebbende - zoals hij in beroep onbestreden heeft gesteld: na 15 januari en ter voldoening van fiscale verplichtingen uit 2007 en 2008 - in totaal € 117.618, - aan de portefeuille onttrokken. Toen hij zich in december 2008 bij de bank beklaagde over de ontwikkeling van zijn beleggingen, was de waarde daarvan gedaald tot € 233.000,-.

(vi) Belanghebbende heeft tevergeefs aanspraak gemaakt op een uitkering uit hoofde van een door hem gesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering.

3.2 Belanghebbende vordert vergoeding van door hem geleden schade, bestaande in de waardedaling die de portefeuille sedert 25 januari 2007 heeft ondergaan. In eerste aanleg begrootte hij deze schade op € 267.000,-. Belanghebbende houdt de bank daarvoor aansprakelijk omdat zij volgens hem niet heeft gehandeld zoals van een ordentelijk handelende beleggingsadviseur mag worden verwacht. Zij heeft een verkeerd profiel aangeraden, gegeven het feit dat het te beleggen geld een pensioen-bestemming had. Uitgangspunt bij het gesprek van 10 januari 2007 was dan ook vermogensbehoud, zoals belanghebbende bij brief van 11 januari 2007 aan de bank heeft bevestigd. Desondanks is vrijwel alles belegd in aandelen. Daarnaast verwijt belanghebbende de bank dat zij op vragen die hij bij de gesprekken stelde nimmer met een concreet advies heeft gereageerd: in de portefeuille heeft geen enkele mutatie plaatsgevonden.

3.3 De Geschillencommissie heeft de klacht van belanghebbende afgewezen. Daartoe heeft zij samengevat het volgende overwogen.
Tussen partijen bestond een adviesrelatie. De belegger is dan zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van zijn beleggingsbeslissingen. Dat kan anders zijn indien komt vast te staan dat de bank niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwame en redelijk handelende beleggingsadviseur betaamt, waarmee de Geschillencommissie kennelijk, gelet op het bepaalde in art. 7:401 BW, bedoelt: niet de zorg van een goed opdrachtnemer in acht heeft genomen (4.1). Voor de bepaling van het risicoprofiel mocht de bank afgaan op de blijkens het beleggingsvoorstel door belanghebbende verstrekte informatie, waaruit zij tevens mocht opmaken dat belanghebbende geen portefeuille verlangde waarbij de blootstelling aan (koers)verlies zeer beperkt is. Dit in aanmerking genomen is de klacht over de doelstellingen en het profiel in ieder geval ongegrond voor zover beoordeeld naar de situatie bij de aanvang van de relatie (4.2-4.4). Hoewel in het gespreksverslag van 15 januari 2008 wel expliciet een pensioendoelstelling wordt genoemd die aanmerkelijk verder gaat dan "enig aanvullend inkomen" zoals onder Financiële positie vermeld in het beleggingsvoorstel, mocht de bank in 2008 gelet op de in dat jaar gedane onttrekkingen blijven uitgaan van de in 2007 vastgelegde doelstellingen (4.5). Belanghebbende heeft tegenover de gemotiveerde betwisting van de zijde van de bank niet aannemelijk gemaakt dat deze heeft nagelaten hem van advies te dienen toen daartoe aanleiding bestond. De samenstelling van de portefeuille is steeds - ook tijdens de waardedaling - blijven voldoen aan de criteria van het overeengekomen neutrale profiel, zodat de bank, anders dan belanghebbende stelt, niet gehouden was tot verkoop te adviseren (4.6).

3.4 Belanghebbende, wiens stelling dat - op advies van de bank - voornamelijk belegd is in aandelen haar weerlegging vindt in hetgeen hiervoor in 3.1 onder (iii) als vaststaand is aangenomen, bestrijdt de uitspraak van de Geschillencommissie met een betoog waarvan de kern wordt gevormd door een drietal bezwaren. Deze zijn:

a) ten onrechte heeft de Geschillencommissie geoordeeld dat de klacht over de doelstellingen en het profiel van de portefeuille beoordeeld naar de situatie bij aanvang van de relatie ongegrond is; bij het te beleggen bedrag van € 500.000,- ging het, zoals bij het gesprek van 10 januari 2007 naar voren is gebracht en ook te lezen valt in de brief van belanghebbende van 11 januari 2007 die de bank stelt niet te hebben ontvangen, om pensioengeld; het door de bank geadviseerde "neutrale" profiel past daar niet bij;
b) in ieder geval had de bank, toen zij - zoals blijkt uit het in 3.1 onder (iv) genoemde verslag - bij de bespreking van 15 januari 2008 vernam dat het belegde vermogen een pensioenbestemming had, moeten adviseren wijziging te brengen in het profiel; volgens het verslag zou de bank dat bij die gelegenheid ook gedaan hebben, maar dat is niet het geval geweest, aldus belanghebbende;
c) onjuist is het oordeel van de Geschillencommissie dat belanghebbende tegenover de gemotiveerde betwisting door de bank onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat deze hem ook overigens nimmer heeft geadviseerd.

3.5 Met betrekking tot het bezwaar onder a) moet worden vooropgesteld dat de bewijslast ter zake van zowel de stelling dat het de bank vanaf de aanvang bekend was dat het bij het bedrag van € 500.000,- om - naar de Beroepscommissie begrijpt: meer dan slechts aanvullend - pensioengeld ging als de ontvangst van genoemde brief van 11 januari 2007 op belanghebbende rust. Deze heeft in beroep ermee volstaan te herhalen dat hij gewoon is afspraken schriftelijk te bevestigen en dat hij dat ook in dit geval heeft gedaan. Enig bewijs kan aan die enkele stelling niet worden ontleend, zodat ervan moet worden uitgegaan dat de bank de brief - die overigens weliswaar inhoudt dat het "depositobedrag beslist niet lager mocht worden", maar niet dat het (in zijn geheel) een pensioenbestemming had - niet heeft ontvangen. Bij dat uitgangspunt is juist dat, zoals de Geschillencommissie heeft geoordeeld, de bank voor de bepaling van het risicoprofiel mocht afgaan op de door belanghebbende verstrekte gegevens zoals vermeld in het - naar in hoger beroep niet is bestreden: door hem voor akkoord ondertekende - beleggingsvoorstel van 15 januari 2007.
Dat oordeel is overigens evenzeer juist indien, met de Geschillencommissie, in het midden wordt gelaten of de bank de brief van 11 januari 2007 heeft ontvangen. Belanghebbende heeft immers zonder enig voorbehoud ingestemd met het hem, naar aanleiding van de bespreking van 10 januari 2007, toegezonden en op 24 januari 2007 door de bank met hem besproken beleggingsvoorstel, en daarmee met de hiervoor in 3.1 onder (ii) genoemde uitgangspunten, die berusten op door hem blijkens de hiervoor in 3.1 onder (i) bedoelde vragenlijst bij die bespreking van 10 januari 2007 gegeven antwoorden.
Uit het voorgaande volgt dat Geschillencommissie terecht heeft geoordeeld dat de klacht van belanghebbende over de doelstellingen en het profiel van de portefeuille bezien naar de situatie ten tijde van de aanvang van de relatie - begin 2007 - ongegrond is.

3.6.1 De bezwaren onder b) en c), die ertoe strekken dat de bank na februari 2007 nimmer aan haar verplichting tot het verstrekken van advies heeft voldaan, kunnen gezamenlijk worden behandeld. Zoals in art. 1.3, en overigens ook in het hier niet van belang zijnde art. 1.2, van de Overeenkomst Effectendienstverlening is bepaald, zag die verplichting alleen op het *desgevraagd* verstrekken van adviezen. Uit de stellingen van belanghebbende valt niet af te leiden dat hij tussen februari 2007 en 15 januari 2008 advies heeft gevraagd. Daarnaast verdient vooraf opmerking dat, zoals de bank in hoger beroep onbestreden heeft gesteld, gemeten naar de situatie op laatstgenoemde datum slechts sprake was van een relatief beperkte waardedaling, te weten: ongeveer € 7000,-.

3.6.2 Niet in geschil is dat belanghebbende, wiens portefeuille begin 2007 overeenkomstig het, binnen het gekozen profiel passende, beleggingsvoorstel was ingericht en sindsdien ongewijzigd was gebleven, bij het gesprek op 15 januari 2008 naar voren heeft gebracht dat het belegde vermogen een pensioendoelstelling had en dat hij toen advies heeft gevraagd in verband met zijn zorgen aangaande de ontwikkelingen op de financiële markten. Wat partijen met betrekking tot dit gesprek primair verdeeld

houdt is of de bank bij die gelegenheid inderdaad het in de door haar in beroep overgelegde notitie vermelde advies ("dat als zij vinden dat de portefeuille teveel fluctueert, er gekozen moet worden voor minder risico. Dit betekent dan afbouwen in aandelen en naar staatsobligaties") heeft gegeven.

3.6.3 Volgens belanghebbende is dat advies niet gegeven, en is het overigens zo algemeen en vrijblijvend dat in feite van advies geen sprake is.
Dit standpunt wordt verworpen. Er bestaat geen grond de gespreksnotitie van 15 januari 2008 waarop de bank zich in dit verband beroept slechts voor juist te houden op het punt "pensioendoelstelling", maar niet voor zover deze inhoudt "Ik heb aangegeven dat als zij vinden dat de portefeuille teveel fluctueert, er gekozen moet worden voor minder risico. Dit betekent dan afbouwen in aandelen en naar staatsobligaties. Aangezien de rendementen hiervan een stuk lager liggen, zijn cliënten hier nog niet aan toe en willen er nog even over denken." Het advies "afbouwen in aandelen en naar staatsobligaties" is als (eerste) reactie van de bank voor het geval belanghebbende zou menen dat de portefeuille gegeven de door hem bedoelde pensioendoelstelling teveel fluctueerde zonder meer voor de hand liggend, terwijl voorts in de omstandigheid dat gesteld noch gebleken is dat belanghebbende heeft aangedrongen op een nadere reactie van de bank een aanwijzing is gelegen dat hij er inderdaad, zoals in de notitie staat, nog even over wilde denken. Bij deze stand van zaken lag het op de weg van belanghebbende te vermelden dat hij vervolgens tot de conclusie was gekomen dat hij het genoemde advies wilde opvolgen en daarvan aan de bank kennis had gegeven, maar daaromtrent bevatten zijn stellingen niets, zodat geoordeeld moet worden dat de bank ervan mocht uitgaan dat hij het accent in de portefeuille niet wilde verleggen naar kapitaalbescherming.

3.6.4 Gelet ook op de hiervoor in 3.1 onder (iv) vermelde aantekeningen van de bank deelt de Beroepscommissie het oordeel van de Geschillencommissie dat belanghebbende tegenover de gemotiveerde betwisting door de bank niet aannemelijk heeft gemaakt dat deze laatste heeft nagelaten advies te geven toen haar daarom gevraagd werd.

3.7 De klacht, ten slotte, die erop neerkomt dat de bank destijds niet het - door belanghebbende gevolgde - advies had mogen geven om te beleggen in (het hedgefund) Priv. Inv. Market Neutral Fund nu dit illiquide is, moet buiten beschouwing blijven omdat deze niet eerst aan de Ombudsman is voorgelegd.

4. Slotsom

De slotsom luidt dat het beroep geen doel treft, zodat de bestreden beslissing zal worden gehandhaafd.

5. Beslissing

De Beroepscommissie handhaaft de bestreden beslissing van de Geschillencommissie.