**Uitspraak Commissie van Beroep 2012-29 d.d. 12 december 2012**
(mr. J.B. Fleers, voorzitter, mr. A. Bus, drs. P.H.M. Kuijs AAG, mr. F.H.J. Mijnssen en mr. R.J.F. Thiessen, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

## Samenvatting

Adviesrelatie, in acht te nemen zorg. Stilzwijgende instemming met beleggingsvoorstel. Pensioenbestemming.

Bekijk de uitspraak in eerste aanleg.

## 1. De procedure in hoger beroep

1.1 Belanghebbende heeft bij een op 10 april 2012 door de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: de Beroepscommissie) ontvangen beroepschrift, aangevuld bij een op 26 april 2012 gedateerd 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: de Geschillencommissie) van 8 maart 2012 ter toetsing voorgelegd.

1.2 De bank heeft aangevoerd dat belanghebbende niet in zijn beroep kan worden ontvangen. Voorts heeft de bank aangevoerd dat belanghebbende niet-ontvankelijk is in zijn klacht in eerste aanleg dan wel dat het beroep moet worden verworpen.

1.3 De Beroepscommissie heeft het hoger beroep mondeling behandeld op 27 augustus 2012. Partijen hebben hun standpunten toegelicht en vragen van de Beroepscommissie beantwoord. Belanghebbende heeft zijn pleitnota met bijlage in het geding gebracht.

## 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 Ontvankelijkheid van belanghebbende in zijn inleidende klacht

3.1 De Geschillencommissie heeft de klacht van belanghebbende ontvankelijk geacht. Hiertegen heeft de bank aangevoerd dat belanghebbende de klacht niet tijdig aan de Geschillencommissie heeft voorgelegd. De bank heeft hierbij beroep gedaan op art. 6:89 BW en art. 12 Algemene bankvoorwaarden.

3.2 Uit hetgeen hierna nog zal worden overwogen kunnen de door belanghebbende aangevoerde grieven niet slagen zodat de uitspraak van de Geschillencommissie dient te worden gehandhaafd. De bank heeft daarom geen belang bij haar beroep op niet-ontvankelijkheid van de klacht in eerste aanleg en kan onbesproken blijven.

## 4. Ontvankelijkheid van belanghebbende in het hoger beroep.

4.1 Naar het oordeel van de bank kan belanghebbende niet worden ontvangen in zijn hoger beroep omdat de brief van belanghebbende van 9 april 2012 waarin hij verklaart hoger beroep in te stellen tegen de uitspraak van de Geschillencommissie niet de gronden van het beroep inhoudt. Nu deze gronden eerst zijn aangevoerd in de op 3 mei 2012 door de Beroepscommissie ontvangen brief van belanghebbende van 26 april 2012 is volgens de bank niet voldaan aan art. 6.2 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening waarin onder meer is bepaald dat het beroepschrift de bezwaren van de appellant tegen de uitspraak van de Geschillencommissie dient te bevatten.

4.2 Belanghebbende heeft in zijn op 10 april 2012 door de Beroepscommissie ontvangen brief verzocht hem uitstel te verlenen voor het aanvoeren van bezwaren tegen de bestreden beslissing. Het gevraagde uitstel is hem verleend.

4.3 Het beroep op niet-ontvankelijkheid van het beroep moet hierom worden verworpen.

## 5. Inleiding op de beoordeling van het beroep

5.1 De Geschillencommissie heeft onder 2.1 tot en met 2.4 van haar uitspraak de inhoud weergegeven van een aantal tot de stukken van het geding behorende geschriften, te weten:

- verslag van een gesprek tussen een medewerker van de bank en belanghebbende van 22 september 2005;
- beleggingsvoorstel van de bank van 7 oktober 2005;
- beleggingsinventarisatieformulier (BIF) van 12 december 2005;
- nieuw beleggingsvoorstel van de bank aan belanghebbende gezonden bij brief van 9 februari 2006.

De Beroepscommissie gaat voor zoveel nodig uit van de weergave van deze stukken die door belanghebbende niet is bestreden.

5.2 De Beroepscommissie gaat voorts op grond van
- hetgeen de Geschillencommissie onbestreden heeft vastgesteld,
- de niet of niet voldoende weersproken inhoud van de stukken van het geding en
- hetgeen bij de mondelinge behandeling is gebleken,

nog uit van het volgende:

(i) Tussen de bank en belanghebbende bestond een adviesrelatie.

(ii) Tot de stukken van het geding behoort een overzicht met het opschrift "De doelrisicoprofielen". Dit stuk is door de bank bij haar verweer in hoger beroep in het geding gebracht. Een deel ervan is als bijlage 4 bij de repliek van belanghebbende in eerste aanleg en als bijlage 1 bij zijn beroepschrift van 26 april 2012 in het geding gebracht. In dit stuk is vermeld dat door de bank zeven risicoprofielen worden onderscheiden. Vermeld wordt daar voorts dat elk van deze doelrisicoprofielen een eigen te verwachten rendement heeft en eigen risicogrenzen. Volgens het overzicht bevindt het doelrisicoprofiel "Neutraal" zich in een reeks van doelrisicoprofielen waarbij het rendement maar ook het risico toeneemt, op de vierde plaats.

(iii) In het onder (ii) genoemde stuk is een tabel opgenomen. Daarin is met betrekking tot het doelrisicoprofiel "Neutraal" vermeld dat de beleggingshorizon minimaal 5 jaar bedraagt. In de tabel en de toelichting erop is af te lezen dat bij dit risicoprofiel, met een te verwachten rendement op langere termijn van 6%, het rendement met een betrouwbaarheid van 95% op jaarbasis kan fluctueren tussen +33% en -15%.

5.3 Belanghebbende heeft in eerste aanleg betaling gevorderd van € 151.066,56 als vergoeding van schade die hij zegt te hebben geleden als gevolg van tekortschieten van de bank bij haar advisering van belanghebbende. Bovendien vorderde belanghebbende vergoeding van gevolgschade en kosten. In het bijzonder was de klacht van belanghebbende gericht tegen het bij de aanvang van de overeenkomst gekozen neutrale doelrisicoprofiel dat volgens belanghebbende niet in overeenstemming was met zijn beleggingsdoelstelling en zijn vooraf gestelde normen en voorwaarden. Hierdoor heeft de bank in zijn visie een te risicovol pakket geadviseerd. Belanghebbende heeft dit advies gevolgd. Dit heeft ertoe geleid dat de waarde van de effectenportefeuille sinds het najaar van 2008 fors is gedaald. Het hierdoor ontstane verlies zou niet of slechts in geringe mate zijn opgetreden als de voorwaarden van belanghebbende volgens afspraak door de bank zouden zijn opgevolgd.

5.4 De Geschillencommissie heeft de vorderingen van belanghebbende afgewezen. Daartoe heeft zij, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.
- Belanghebbende kan niet worden gevolgd in de uitleg die hij geeft aan het begrip "neutraal doelrisicoprofiel".
- De bank mocht bij de vaststelling van het aan belanghebbende toe te kennen doelrisicoprofiel uitgaan van door belanghebbende verschafte gegevens.

- Niet is komen vast te staan dat de beleggingsdoelstelling van belanghebbende pensioen gerelateerd was en evenmin dat zijn beleggingshorizon onjuist is vastgelegd.
- Voor de relatie tussen partijen zijn de inhoud van de overeenkomsten en de tussen partijen bekende beleggingsvoorstellen bepalend. Niet gebleken is dat de bank van die overeenkomsten en beleggingsvoorstellen is afgeweken.
- Dat de bank aan belanghebbende in juni 2008 een fout overzicht heeft verstrekt, heeft geen schade veroorzaakt.

## 6. Beoordeling van het beroep

Uitgangspunten

6.1.1 Zoals hiervoor onder 5.2 sub (i) is vermeld, bestond tussen de bank en belanghebbende een adviesrelatie. In zodanig geval is het de cliënt die de beleggingsbeslissing neemt en daarbij al dan niet het advies van de bank volgt. De bank dient bij haar advisering rekening te houden met de wensen, mogelijkheden en behoeften van de betrokken belegger en zij moet bij haar advisering aansluiten bij het cliëntenprofiel, de beleggingsdoelstelling van de cliënt, zijn risicobereidheid en zijn vermogen risico's te dragen. Zou de bank bij haar advisering toerekenbaar tekort zijn geschoten dan zou dit kunnen leiden tot een verbintenis tot vergoeding van schade die de cliënt als gevolg hiervan mocht hebben geleden. Zijn de uitgangspunten waarvan de bank bij haar advisering zal uitgaan schriftelijk vastgelegd en heeft de cliënt niet tegen deze vastlegging geprotesteerd dan kan de bank dit stilzwijgen opvatten als een gedraging van haar cliënt zoals bedoeld in art. 3:37 lid 1 BW.

6.1.2 Belanghebbende heeft betoogd, in het bijzonder ook bij de mondelinge behandeling in hoger beroep, dat voor hem behoud van vermogen uitgangspunt was, terwijl de bank als doelrisicoprofiel "Neutraal" heeft opgevat zoals dit begrip door haar pleegt te worden gehanteerd en zoals dit naar voren komt uit het beleggingsvoorstel van 7 oktober 2005 en het hiervoor in 5.2 onder (ii) vermelde overzicht. Belanghebbende voert aan dat hij het begrip "Neutraal" heeft opgevat als overeenkomend met zijn doelstelling: behoud van vermogen.

6.1.3 Aldus bestaat tussen partijen een geschil over de wijze waarop de omschrijving van doelrisicoprofiel "Neutraal" moet worden uitgelegd. Bij de beoordeling van dit geschil komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip "Neutraal" hebben mogen toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Hierbij moet in dit geval mede betekenis eraan worden toegekend dat, zoals in het beleggingsvoorstel van 7 oktober 2005 is vermeld, een gemiddeld rendement van 6% zou worden nagestreefd waarbij een rendementsdaling in enig jaar van -15% behoorde.

6.1.4 Niet gebleken is dat belanghebbende na ontvangst van de beleggingsvoorstellen aan de bank heeft kenbaar gemaakt dat hij aan het begrip "Neutraal" een bijzondere betekenis, zoals thans door hem verdedigd, toekent.

6.1.5 Onder deze omstandigheden dient aan het begrip "een belegging met een neutraal doelrisico" de betekenis te worden toegekend – voor zover thans van belang – van een belegging met een verwacht rendement van 6%, waarbij het rendement in enig jaar kan dalen tot -15%. Voor zover belanghebbende aan het begrip "Neutraal" een andere inhoud wenst te zien toegekend, moet deze opvatting worden verworpen.

Beoordeling van de aangevoerde bezwaren

6.2.1 Belanghebbende heeft met een als hoofdstelling aangeduid bezwaar aangevoerd dat de bank is tekortgeschoten in de door haar in acht te nemen zorg. Dit heeft hij in een reeks van, verder als grieven aan te duiden, bezwaren tegen de overwegingen van de Geschillencommissie uitgewerkt.

6.2.2 De eerste en de tweede grief, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling, zijn gericht tegen rov. 2.4 en 2.5 van de bestreden uitspraak. In rechtsoverweging 2.4 stelt de Geschillencommissie vast dat de bank in haar brief van 9 februari 2006 aan belanghebbende een nieuw beleggingsvoorstel heeft gestuurd waarin is vermeld dat bij het door belanghebbende gekozen doelrisicoprofiel "Neutraal" een verdeling over de categorieën aandelen, obligaties en liquiditeit past zoals in de bedoelde rov. weergegeven. In rov. 2.5 stelt de Geschillencommissie eveneens een aantal feiten vast.

6.2.3 De grieven falen omdat de Geschillencommissie in de bestreden rechtsoverwegingen feiten vaststelt maar daaraan in deze rechtsoverwegingen geen gevolgtrekking verbindt. Belanghebbende vermeldt niet dat en waarom deze vaststellingen onjuist zijn.

6.3.1 De derde grief is gericht tegen rov. 4.1 van de uitspraak. Daar overweegt de Geschillencommissie in de eerste plaats, in hoger beroep niet bestreden, dat sprake is van een adviesrelatie. Voorts overweegt de Geschillencommissie dat de bank als adviseur verantwoordelijk kan zijn voor de gevolgen van de door belanghebbende genomen beleggingsbeslissingen indien de bank bij het geven van adviezen, kort gezegd, niet de zorg van een goed beleggingsadviseur in acht zou hebben genomen.

6.3.2 Aldus opgevat is de bestreden rechtsoverweging juist zodat de ertegen gerichte grief moet falen.

6.4.1 De vierde en vijfde grief lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij zijn gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.2 tot en met 4.5 van de bestreden uitspraak. In rechtsoverweging 4.3 geeft de Geschillencommissie een stelling van belanghebbende weer die erop neerkomt dat hij het hem door de bank toegekende neutrale

doelrisicoprofiel heeft opgevat als kostenneutraal en daarmee als praktisch risicoloos. Volgens belanghebbende heeft de bank door aan hem een neutraal doelrisicoprofiel toe te kennen, in de hieraan door de bank toegekende betekenis, gehandeld in strijd met wat partijen hadden afgesproken.

6.4.2 Zoals hiervoor onder 6.1.1 tot en met 6.1.5 is overwogen heeft de bank het begrip "Neutraal" in het beleggingsadvies van 7 oktober 2005 kunnen opvatten als een belegging met een verwacht rendement van 6%, waarbij het rendement in enig jaar kan dalen tot -15%.

6.4.3 Voor zover belanghebbende aanvoert dat de Geschillencommissie in haar rechtsoverweging 4.5 heeft miskend dat de bank onjuist heeft gehandeld door te adviseren ca. 35 – 50% aandelen op te nemen, faalt dit betoog. Het beleggingsvoorstel van 7 oktober 2005 bevat het advies om onder meer tot 40% aandelen op te nemen in de portefeuille. In het beleggingsadvies van 9 februari 2006 wordt belanghebbende door de bank aangeraden te beleggen in 48% aandelen. Gesteld noch gebleken is dat belanghebbende hiertegen bezwaar heeft gemaakt. De bank heeft dit stilzwijgen van belanghebbende mogen opvatten als een stilzwijgende verklaring of gedraging dat hij met het voorstel instemde.

6.5 De zesde grief is gericht tegen rechtsoverweging 4.6. Zij is gericht tegen een overweging zonder zelfstandige betekenis en moet daarom falen.

6.6.1 De zevende grief is gericht tegen rechtsoverweging 4.7 van de bestreden uitspraak. De Geschillencommissie overweegt daar dat uit de stukken blijkt dat het te investeren vermogen geen primaire pensioenbestemming had. Voorts overweegt de Geschillencommissie dat niet aannemelijk is geworden dat belanghebbende het belegde vermogen op korte termijn nodig had als aanvulling op zijn pensioeninkomen.

6.6.2 In het beleggingsvoorstel van 7 oktober 2005 is omtrent de persoonlijke situatie van belanghebbende vermeld dat zijn bruto inkomen ruim voldoende is om in zijn levensbehoefte te voorzien. Voorts is met betrekking tot het doelrisicoprofiel "Neutraal" vermeld dat daarbij een beleggingshorizon van 5 tot 10 jaar hoort. Hieraan is daar toegevoegd dat dit betekent dat de belegger het te beleggen geld ten minste 5 tot 10 jaar kan missen. Ook hieromtrent heeft de bank mogen aannemen dat dit in overeenstemming was met de wensen van belanghebbende nu hij daartegen geen bezwaar heeft gemaakt.

6.6.3 Er zijn geen feiten gebleken waaruit zou moeten volgen dat de bank heeft moeten begrijpen dat de belegging wel een pensioenbestemming had dan wel dat belanghebbende wel op korte termijn over het geld wilde beschikken.

6.6.4 Op grond van dit één en ander faalt de grief.

6.7.1 Grief acht is gericht tegen rechtsoverweging 4.8 met verwijzing naar rechtsoverweging 2.9 van de uitspraak. Deze rechtsoverwegingen betreffen een fout in een door de bank verstrekt overzicht van juni 2008. Hetgeen de Geschillencommissie hierover heeft overwogen laat zich als volgt weergeven. Belanghebbende was al vóór de ontvangst van het onjuiste overzicht ervan op de hoogte dat aan zijn portefeuille risico's waren verbonden. Hij behoorde hiervan in ieder geval op de hoogte te zijn. Daarom kan de onjuistheid in het overzicht niet de oorzaak zijn van door belanghebbende geleden schade.

6.7.2 Belanghebbende heeft hiertegen aangevoerd dat de onjuistheid wel tot schade heeft geleid omdat het risico juist niet bij hem bekend was. Hierbij verwijst belanghebbende naar hetgeen hij eerder heeft aangevoerd. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt echter dat belanghebbende de aan zijn beleggingen verbonden risico's wel kende althans behoorde te kennen. De grief faalt daarom.

6.8.1 De negende grief ten slotte is gericht tegen rechtsoverweging 4.9. De Geschillencommissie oordeelt daar dat niet is gebleken dat aangeslotene van de overeenkomsten en beleggingsvoorstellen is afgeweken.

6.8.2 Hiertegen heeft belanghebbende aangevoerd, samengevat, dat geen overeenstemming bestond over het te voeren beleid. De grief faalt omdat het hier gaat om een adviesrelatie zodat de beslissing over de individuele beleggingen door belanghebbende diende te worden genomen. De beslissing omtrent het te voeren beleggingsbeleid berustte bij hem. Voorts mocht de bank, zoals volgt uit wat hiervoor is overwogen, bij haar advisering uitgaan van de door haar opgestelde beleggingsvoorstellen van 2005 en 2006. Niet gebleken is dat de bank hiervan met de door haar verstrekte beleggingsadviezen is afgeweken.

## 7. Slotsom

De door belanghebbende aangevoerde grieven kunnen niet slagen.

## 8. Beslissing

De Beroepscommissie handhaaft de uitspraak van de Geschillencommissie.