Uitspraak Commissie van Beroep 2013-15 d.d. 24 mei 2013
(prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. A. Bus, mr. F.H.J. Mijnssen, mr. F. Peijster en mr. A. Rutten-Roos, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Schadeberekening. De te vergoeden schade op juiste gronden bij schatting vastgesteld. 6:97 BW. Belanghebbende heeft geen inzicht in gevaren portefeuille. Omstandigheid dat belanghebbende zijn portefeuille uiteindelijk voor 100% heeft doen samenstellen uit perpetuele obligaties kan niet worden toegerekend aan belanghebbende.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in beroep

1.1 De bank heeft bij een op 16 november 2012 door de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: de Beroepscommissie) ontvangen beroepschrift, met bijlagen, op de voet van artikel 43 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met artikel 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening de in het geschil tussen partijen gegeven uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) van 5 oktober 2012 ter toetsing voorgelegd aan de Beroepscommissie.

1.2 Belanghebbende heeft bij een op 14 februari 2013 door de Beroepscommissie ontvangen verweerschrift met bijlagen het hoger beroep bestreden. Belanghebbende heeft voorts incidenteel beroep ingesteld. Het verweer strekt ertoe dat de Beroepscommissie het beroep zal verwerpen. In het incidenteel beroep verzoekt belanghebbende de Beroepscommissie te bepalen dat de bank het volle bedrag van de door belanghebbende geleden schade zal dienen te vergoeden. De bank heeft bij een op 20 maart 2013 door de Beroepscommissie ontvangen brief verweer gevoerd tegen het incidenteel beroep. Dit verweer strekt ertoe dat de Beroepscommissie het oordeel van Geschillencommissie dat 50% van de door belanghebbende geleden schade voor zijn rekening dient te blijven zal handhaven en het uiteindelijk door de bank aan belanghebbende te vergoeden bedrag, afgezien van de kosten van de procedure, zal bepalen op € 69.102,55.

1.3 De Beroepscommissie heeft het principaal en het incidenteel beroep mondeling behandeld op 25 maart 2013. Beide partijen waren aanwezig.

1.4 Partijen hebben hun standpunten toegelicht en vragen van de Beroepscommissie 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. Inleiding op de beoordeling van het principaal en het incidenteel beroep

3.1 De Beroepscommissie gaat uit van de door de Geschillencommissie onder 2.1 tot en met 2.6 van haar uitspraak vermelde feiten.

3.2 Belanghebbende heeft in eerste aanleg vergoeding gevorderd van ongeveer € 195.000. Deze vordering heeft belanghebbende gegrond op het volgende.

- De bank had belanghebbende niet mogen adviseren zijn vermogen te beleggen in perpetuele obligaties en is derhalve bij het uitbrengen van het advies ernstig tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens belanghebbende.
- De bank heeft het risicoprofiel 'inkomensgericht' niet in acht genomen en heeft in plaats hiervan een risicovol beleggingsadvies gegeven, bestaande uit uitsluitend risicovolle achtergestelde perpetuele obligaties, die bovendien alle afkomstig zijn uit de financiële sector en door deze eenzijdigheid niet passen bij de beleggingsdoelstelling van belanghebbende.
- Belanghebbende is ten tijde van de aankoop van de perpetuele obligaties door de bank niet voldoende geïnformeerd over de risico's die gepaard gaan met beleggen in perpetuele obligaties.
- Belanghebbende had, was hij door de bank op deze risico's gewezen, zijn vermogen niet in perpetuals belegd.

3.3 De Geschillencommissie heeft de vordering van belanghebbende toegewezen tot een bedrag van € 88.500,-. Daartoe heeft de Geschillencommissie, samengevat, overwogen dat de beleggingsportefeuille van belanghebbende op 20 juli 2005 volledig bestond uit perpetuele obligaties en dat het op de weg van de bank had gelegen belanghebbende met nadruk erop te wijzen dat de door de bank geadviseerde samenstelling van de portefeuille niet paste bij het risicoprofiel en de beleggingsdoelstelling van belanghebbende. De bank heeft dit nagelaten. De Geschillencommissie heeft voorts geoordeeld dat de door belanghebbende geleden schade voor 50% valt toe te rekenen aan belanghebbende zelf.

4. Beoordeling van het bezwaar in het principaal beroep

4.1 De bank heeft tegen de uitspraak van de Geschillencommissie als bezwaar aangevoerd dat de Geschillencommissie de door belanghebbende geleden schade verkeerd heeft berekend. De bank komt tot de bevinding dat de schade moet worden berekend op € 138.205,11.

4.2 Het onderhavige bezwaar is gericht tegen rechtsoverweging 4.8 van de Geschillencommissie. Hetgeen de commissie daar met betrekking tot de omvang van door belanghebbende geleden schade heeft overwogen laat zich als volgt samenvatten. Voor de berekening van de schade moeten met elkaar worden vergeleken de resultaten van de beleggingsportefeuille van belanghebbenden, dit wil zeggen de ontvangen uitkeringen en de koersresultaten, met de resultaten van een beleggingsportefeuille die bestaat uit tienjarige Nederlandse staatsobligaties. Een dergelijke belegging zou passend zijn geweest zijn bij het overeengekomen risicoprofiel en de overige omstandigheden van het onderhavige geval.

Het verschil tussen de genoemde resultaten vanaf de start van de relatie tot 9 oktober 2009, toen belanghebbende zijn klacht bij de bank indiende, bedraagt € 177.000,-. Gelet op het aandeel van 50% van de schade dat naar het oordeel van de Geschillencommissie in haar rechtsoverweging 4.7 voor rekening van belanghebbende dient te blijven, heeft de Geschillencommissie de door de bank te vergoeden schade naar billijkheid vastgesteld op € 88.500,-.

4.3 Hetgeen de Geschillencommissie met betrekking tot de schadeomvang heeft overwogen, zoals hiervoor onder 4.2 is weergegeven moet, naar mede blijkt uit de toevoeging dat zij de schade naar billijkheid op het genoemde bedrag vaststelt, aldus worden begrepen dat naar het oordeel van de Geschillencommissie de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld en dat zij daarom de voet van art. 6:97, tweede zin, BW, moet worden geschat.

4.4 Ook in beroep kan de door belanghebbende geleden schade niet nauwkeurig worden vastgesteld. Exacte gegevens ter beantwoording van de vraag tot welk bedrag belanghebbende schade heeft geleden zijn niet voorhanden. Ook in de door de bank aangedragen wijze van schadeberekening spelen veronderstellingen een belangrijke rol.

4.5 De Geschillencommissie heeft dan ook de door de bank te vergoeden schade terecht bij wijze van schatting vastgesteld. Bij deze vaststelling heeft de Geschillencommissie niet een onjuiste maatstaf gehanteerd. Van belang hierbij is dat, zoals in de Memorie van Antwoord II bij art. 6:97 BW is vermeld, degene die over de vordering tot vergoeding van schade oordeelt bij de begroting ervan en ook bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden, een grote mate van vrijheid heeft en niet is gebonden aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht. De bepaling die in de tweede zin van de bepaling is vervat ontheft degene die omtrent de te vergoeden schade moet beslissen, in belangrijke mate van zijn motiveringsplicht. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 339.

5. Beoordeling van het bezwaar in het incidenteel beroep

5.1 Het door belanghebbende aangevoerde bezwaar is gericht tegen rechtsoverweging 4.7 van de uitspraak. Daar overweegt de Geschillencommissie dat belanghebbende bij de aanvang van de relatie een voorstel van de bank, waarin voor niet meer dan 25% perpetuele obligaties waren opgenomen, heeft verworpen en heeft aangedrongen op uitbreiding van het aandeel perpetuele obligaties tot in aanvang 75%. Dit heeft de Geschillencommissie beschouwd als eigen schuld van belanghebbende. De Geschillencommissie heeft vervolgens geoordeeld dat de door belanghebbende geleden schade in verband hiermee voor 50% moet worden toegerekend aan belanghebbende zodat 50% van de door hem geleden schade voor zijn rekening dient te blijven.

5.2 Bij de beoordeling van het onderhavige bezwaar moet worden vooropgesteld dat volgens art. 6:101, eerste zinsdeel, BW indien door de benadeelde geleden schade mede een gevolg is van een omstandigheid die hem kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht dient te worden verminderd door de schade te verdelen over de benadeelde en de vergoedingsplichtige in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden

tot de schade hebben bijgedragen. Voor de toepassing van deze regel is vereist dat het bestaan van een dergelijke omstandigheid wordt gesteld en zo nodig aannemelijk gemaakt door degene die zich op deze omstandigheid beroept.

5.3 Een omstandigheid zoals bedoeld kan niet zijn gelegen in het aanhouden van de onderhavige effecten. Belanghebbende heeft zijn klacht bij een op 9 oktober 2009 gedateerde brief aan de bank voorgelegd. Op deze datum dient de schade te worden gefixeerd. Naar vaste rechtspraak van Beroepscommissie kan belanghebbende noch de bank zich beroepen op hetgeen zich na dit tijdstip met betrekking tot de aangehouden effecten voordoet.

5.4 Bij beoordeling van de vraag of de schade mede een gevolg is van aan belanghebbende toe te rekenen omstandigheden is van belang hetgeen de Geschillencommissie heeft geoordeeld in haar rechtsoverwegingen 4.3 tot en met 4.6.

- Het risicoprofiel was defensief vastgesteld op "inkomensgericht".
- Belanghebbende had geen ervaring met beleggen.
- Gelet op het gebrek aan ervaring van belanghebbende op het terrein van beleggen is de informatieverstrekking door de bank ontoereikend geweest.
- Complexe producten, waaronder perpetuele obligaties, pasten niet in de beleggingsportefeuille van belanghebbende.
- Het aandeel perpetuele obligaties in de portefeuille van belanghebbende was per 21 juni 2001 75% en per 20 juli 2005 100%. Het had naar het oordeel van de Geschillencommissie op de weg van de bank gelegen om belanghebbende nadrukkelijk ervoor te waarschuwen dat de door de bank geadviseerde samenstelling van de beleggingsportefeuille niet paste bij het risicoprofiel en de beleggings-doelstelling van belanghebbende.
- De bank heeft een dergelijke waarschuwing niet doen uitgaan.

5.5 De hiervoor weergegeven oordelen zijn niet bestreden. Daarom moet van de juistheid ervan worden uitgegaan.

5.6 Tussen de bank en belanghebbende bestond een adviesrelatie. Daarbij trad de bank op als met betrekking tot beleggen bij uitstek deskundig ondernemer. De aard van de overeen-komst tot het verschaffen van beleggingsadvies bracht voor de bank de verplichting mee belanghebbende juist en volledig in te lichten omtrent de aspecten van beleggen in perpetuele obligaties. De bank diende belanghebbende in het bijzonder in niet mis te verstane bewoordingen te wijzen op koersrisico´s die aan het beleggen in dergelijke effecten eigen zijn.

5.7 Belanghebbende mocht dan ook ervan uitgaan dat hij juist en volledig was ingelicht omtrent de risico´s die het beleggen in perpetuele obligaties meebracht. Van hem kon niet worden verwacht dat hij verder onderzoek zou doen naar het bestaan van dergelijke risico´s. Dit zou anders kunnen zijn wanneer zou vaststaan dat belanghebbende wist of moet hebben geweten dat de samenstelling van zijn portefeuille niet overeenstemde met het risicoprofiel en niet-passend was in het licht van de overige hem betreffende omstandigheden. De Geschillencommissie heeft echter, zoals hiervoor onder 5.2 is vermeld, vastgesteld dat belanghebbende geen ervaring had met beleggen. Voorts heeft de Geschillencommissie

geoordeeld dat, gelet op het gebrek aan ervaring van belanghebbende op het terrein van beleggen, de informatieverstrekking door de bank ontoereikend is geweest.

5.8 Bij deze stand van zaken kan niet ervan worden uitgegaan dat belanghebbende inzicht had in de gevaren die eraan waren verbonden toen hij zijn portefeuille eerst voor 75% en later voor 100% liet bestaan uit perpetuele obligaties.

5.9 Hetgeen hiervoor is overwogen moet tot de conclusie leiden dat de omstandigheid dat belanghebbende zijn portefeuille uiteindelijk voor 100% heeft doen samenstellen uit perpetuele obligaties niet kan worden toegerekend aan belanghebbende. Het door belanghebbende aangevoerde bezwaar is derhalve gegrond.

6. Slotsom

6.1 Het principale beroep faalt. Het incidentele beroep is gegrond.

6.2 De bank zal het volledige bedrag van de door belanghebbende geleden schade ten bedrage van € 177.000,- dienen te vergoeden.

6.3 De bank zal ook de door belanghebbende gemaakte bijdrage voor beroep op de voet van art. 11.6 Reglement van Beroep dienen te vergoeden.

6.4 Er is geen aanleiding te bepalen dat de bank een bijdrage in de proceskosten van belanghebbende zal dienen te betalen

7. Beslissing

In het principaal beroep:
Handhaaft het oordeel van de Geschillencommissie dat de door belanghebbende geleden schade € 177.000,- bedraagt.

In het incidenteel beroep:
Bepaalt dat de bank binnen vier weken na dagtekening van dit advies:

- aan belanghebbende de door deze geleden schade ten bedrage van € 177.000,- dient te vergoeden;
- aan belanghebbende de kosten van het beroep ten bedrage van € 500,- dient te vergoeden.