Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-77 d.d. 13 maart 2013
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en G.J.P. Okkema, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Samenvatting

De Bank heeft haar zorgplicht jegens Consument geschonden nu zij heeft nagelaten Consument schriftelijk, in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de risico's die verbonden zijn aan het geadviseerde complexe beleggingsproduct. Commissie acht het niet onaannemelijk dat Consument bij een goede advisering een andere beleggingsbeslissing zou hebben genomen. Vordering gedeeltelijk toegewezen. Schade naar billijkheid vastgesteld.
Einduitspraak na tussenuitspraak waarin, met het oog op de schadeberekening, de vermogensbeheerder was verzocht nadere gegevens te verstrekken.

Procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de tussenuitspraak van 26 maart 2012;
- de brief van 8 mei 2012 van Aangeslotene; en
- de brief van 22 mei 2012 van de Congregatie.

In vervolg op deze brieven heeft de secretaris aan partijen bericht dat de Commissie, wanneer zij zich voldoende voorgelicht acht, einduitspraak zal wijzen.

2. De verdere beoordeling

In de tussenuitspraak (2012-100) heeft de Commissie overwogen dat de belegging in het Orange Non-Directional Partnership (hierna: het ONDP) niet in de portefeuille had mogen worden opgenomen en dat Aangeslotene aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade. Omdat de schade aan de hand van de ingediende stukken niet kon worden begroot, heeft de Commissie Aangeslotene verzocht de schade te berekenen; aan de Congregatie is vervolgens gelegenheid geboden voor een reactie.
In de brief van 8 mei 2012 heeft Aangeslotene de schade berekend conform het bepaalde in overweging 4.10 van de tussenuitspraak en op basis daarvan de schade begroot op € 187.924,61. Ook heeft zij een alternatieve schadeberekening opgenomen. Deze alternatieve berekening berust op het uitgangspunt dat de portefeuille voor maximaal 40% uit risicodragende waarden mocht bestaan en dat een belegging in het ONDP dus wèl toelaatbaar was voor zover dit maximum van 40% niet werd overschreden. Volgens Aangeslotene dient daarom niet het gehele bedrag van € 740.143,87 als te offensief belegd te worden beschouwd, maar slechts een gedeelte daarvan (ongeveer 42%). De alternatieve schadeberekening komt daardoor op een lager schadebedrag uit, gelijk aan (afgerond) € 108.070. Verder stelt Aangeslotene dat de koers van het ONDP van januari tot mei 2009 op een dieptepunt heeft gezeten, maar daarna gestaag is gestegen.

De Congregatie heeft het bedrag van € 187.924,61 niet betwist, zodat het is komen vast te staan. Met de alternatieve berekening van Aangeslotene kan de Congregatie zich niet verenigen; zij stelt dat deze zich niet verdraagt met de uitgangspunten van de tussenuitspraak.
Gezien deze stellingen moet worden beoordeeld of de schade dient te worden begroot conform de uitgangspunten van de tussenuitspraak of conform de alternatieve berekening van Aangeslotene. Daarvoor is van belang dat de portefeuille ten tijde van aankoop van het ONDP reeds voor ongeveer 30% uit zakelijke waarden bestond (zie overweging 2.4 van de tussenuitspraak). Ook van belang zijn de bepalingen over de uitgangspunten van het beheer, zoals neergelegd in de bijlagen van de overeenkomst (vgl. het citaat in overweging 2.1 van de tussenuitspraak). In die bepalingen staat weliswaar dat maximaal 40% van de portefeuille in zakelijke waarden mag worden ondergebracht, maar als 'norm' wordt daar 30% zakelijke waarden vermeld, terwijl ook in de beschrijving van een 'belegger met een defensief profiel' staat dat deze zijn vermogen 'grotendeels (gemiddeld 70%) in vastrentende waarden belegt'. Diezelfde categorieverdeling bij een defensief profiel (30% zakelijke waarden, 70% vastrentende waarden) staat ook in de tabel 'Risicoprofielen en vermogensverdeling', die is opgenomen in de brochure 'Risicoprofielen van Van Lanschot' (bijlage 2 bij het verzoek tot geschilbeslechting). Het is dan ook onvoldoende gebleken dat de categorieverdeling waarvan Aangeslotene uitgaat in haar alternatieve berekening – het ONDP toevoegen aan de zakelijke waarden, zolang het maximum van 40% niet wordt overschreden – kan worden beschouwd als een deugdelijke inrichting van de portefeuille, die als uitgangspunt zou kunnen dienen bij het berekenen van de schade. In dit standpunt kan Aangeslotene niet worden gevolgd. De stelling van Aangeslotene, dat de koers van het ONDP vanaf mei 2009 gestaag is gestegen, brengt evenmin verandering in de omvang van de schadevergoeding; de schade dient immers te worden berekend over de periode vermeld in overweging 4.10 van de tussenuitspraak.
Gezien het voorgaande zal de schade worden berekend conform de uitgangspunten van de tussenuitspraak en zoals begroot door Aangeslotene, derhalve op € 187.924,61. Dit bedrag kan echter niet geheel worden toegewezen, omdat de Congregatie in de procedure bij de Commissie een bedrag van € 152.000 heeft gevorderd (vgl. p. 3 van het verzoek tot geschilbeslechting en p. 2 van de repliek) en de Commissie niet meer kan toewijzen dan het gevorderde bedrag. De Commissie zal daarom een bedrag van € 152.000 aan schadevergoeding toewijzen.
De vordering tot vergoeding van wettelijke rente over het toegewezen bedrag zal eveneens worden toegewezen; de wettelijke rente zal worden berekend vanaf 6 april 2009, de dag waarop Aangeslotene aansprakelijk is gesteld, tot aan de dag van algehele voldoening. Ook zal Aangeslotene, omdat zij overwegend in het ongelijk is gesteld, worden veroordeeld tot vergoeding van de door de Congregatie betaalde eigen bijdrage ad € 50.
De Congregatie heeft voorts vergoeding gevorderd van de in verband met dit geschil gemaakte kosten, begroot op € 10.000 en te vermeerderen met BTW; dit bedrag is door Aangeslotene niet betwist en is daarmee komen vast te staan. Desondanks kan het bedrag niet geheel worden toegewezen, omdat onderscheid moet worden gemaakt tussen de kosten die gemaakt zijn vóór de klachtprocedure bij het Kifid (die, voor zover ze redelijk zijn, geheel kunnen worden vergoed) en de kosten gemaakt tijdens de klachtprocedure bij de Ombudsman en de Commissie (waarbij de Commissie aansluiting zoekt bij het

Liquidatietarief Rechtbanken en Gerechtshoven). De Commissie zal rekening houden met dit onderscheid bij het beoordelen van de gevorderde kostenvergoeding.
Uit het dossier blijkt dat, voordat de klacht bij de Ombudsman werd ingediend, een bedrag van € 3.290,35 aan advocaatkosten is gemaakt (zie p. 3 van de brief van 3 juli 2009 van mr. Dekker aan de Ombudsman); dit bedrag komt de Commissie niet onredelijk voor en is daarmee geheel toewijsbaar. In de klachtprocedure bij de Ombudsman heeft de advocaat van de Congregatie twee brieven ingediend (de klacht op 3 juli 2009 en een reactie op het verweer op 2 april 2010); bij de Commissie heeft de Congregatie zonder advocaat geprocedeerd en zij heeft niet gesteld dat haar gemachtigde kosten in rekening heeft gebracht voor de procedure bij de Commissie. Volgens het liquidatietarief komen de te vergoeden advocaatkosten, gemaakt tijdens de procedure bij de Ombudsman, daarmee uit op € 2.842. De gevorderde BTW over deze kosten wordt bij gebrek aan voldoende onderbouwing afgewezen. In totaal komen de te vergoeden advocaatkosten daarmee uit op (€ 3.290,35 + € 2.842 =) € 6.132,35.

Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie beslist als bindend advies dat Aangeslotene binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan de Congregatie vergoedt:
(a) een bedrag van € 152.000, te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 6 april 2009 tot aan de dag van algehele voldoening;
(b) een bedrag van € 6.132,35 aan advocaatkosten; en
(c) het bedrag van € 50, betaald door de Congregatie als eigen bijdrage aan de behandeling van dit geschil.
Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak.