Uitspraak Commissie van Beroep 2010-10 d.d. 3 augustus 2010
(prof. mr. A.S. Hartkamp, voorzitter, mr. R. Herrmann, drs. P.H.M. Kuijs AAG, mr. F.H.J. Mijnssen en mr. F.P. Peijster, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Beleggen met creditsaldo spaarrekening. Bank diende zich ervan te vergewissen of belanghebbende zich bewust was van het risico van koersdaling terwijl goede reden tot twijfel bestond over het bij belanghebbende bestaande inzicht in het aan beleggen verbonden risico van koersdaling. Door Consument desondanks te adviseren effecten als de onderhavige te kopen heeft de bank niet haar zorgplicht jegens belanghebbende in acht genomen en aldus te kort geschoten in de op haar rustende verplichtingen.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in hoger beroep

1.1 Appellante in het principaal hoger beroep (hierna: de bank) heeft bij een op 16 maart 2010 gedateerd beroepschrift, aangevuld bij brief van 20 april 2010, op de voet van artikel 22.1 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met artikel 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: de Geschillencommissie) van 8 februari 2010 ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna de Beroepscommissie).

1.2 Verweerster in hoger beroep (hierna: belanghebbende) heeft bij verweerschrift van 3 juni 2010 verzocht het hoger beroep ongegrond te verklaren. Daarbij heeft belanghebbende incidenteel hoger beroep ingesteld.

1.3 De Beroepscommissie heeft het principaal en het incidenteel hoger beroep mondeling behandeld op 21 juni 2010. Beide partijen waren aanwezig. De bank heeft haar standpunt nader toegelicht aan de hand van aan de Beroepscommissie overgelegde pleitnotities.
Namens belanghebbende is haar standpunt nader toegelicht aan de hand van aan de Beroepscommissie overgelegde pleitaantekeningen.

1.4 Bij de mondelinge behandeling is uit door belanghebbende gegeven antwoorden op haar door de Beroepscommissie gestelde vragen naar voren gekomen dat zij zich ook toen slechts in beperkte mate bewust was van het risico van koersdaling dat is verbonden aan het merendeel van de hierna onder 3.1 sub (viii) opgesomde effecten.

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 principale en het incidentele hoger beroep

3.1 De Beroepscommissie gaat op grond van hetgeen de Geschillencommissie, in beroep niet bestreden, heeft vastgesteld, op grond van de niet of niet voldoende weersproken inhoud van de stukken van het geding en uit hetgeen bij de mondelinge behandeling is gebleken, uit van het volgende.

(i) Belanghebbende hield een spaarrekening aan bij de bank, het creditsaldo hiervan bedroeg eind december 2006 € 198.902,92.

(ii) De bank had effecten van de echtgenoot van belanghebbende in bewaring. Tussen de bank en de echtgenoot bestond een adviesrelatie. Belanghebbende en haar echtgenoot hielden hun vermogens strikt gescheiden.

(iii) De accountmanager van de bank onder wiens hoede de effectenportefeuille van de echtgenoot van belanghebbende viel heeft gezegd dat belanghebbende een hoger rendement zou kunnen behalen wanneer zij haar op de spaarrekening staande geld zou beleggen in effecten.

(iv) Op 13 december 2006 heeft, in aanwezigheid van de echtgenoot van belanghebbende, overleg plaatsgevonden tussen de onder (iii) bedoelde accountmanager en belanghebbende.

(v) Belanghebbende heeft toen met de accountmanager afgesproken dat zij met diens tussenkomst haar vermogen in effecten zou beleggen. Er is een "persoonlijk beleggersprofiel" opgesteld door invulling van een daartoe strekkend formulier (verder het profielformulier). Een kopie ervan behoort tot de stukken van het geding. Het profielformulier is ondertekend door belanghebbende maar, zoals blijkt uit het handschrift erop dat afwijkt van de ondertekening door belanghebbende, het is door een ander ingevuld.

Er moet van worden uitgegaan dat de meer bedoelde accountmanager zich met de invulling van het profielformulier heeft belast voordat het door belanghebbende is ondertekend.

(vi) In het profielformulier is als beleggersprofiel van belanghebbende vermeld: "defensief".

(vii) Bij een op 13 december 2006 gedateerde akte is tussen belanghebbende en de bank ook een overeenkomst van effectendienstverlening tot stand gekomen.

(viii) Op advies van de bank zijn op 3 januari 2007 ter uitvoering van hetgeen in de bijeenkomst van 13 december 2006 is afgesproken voor een bedrag van € 198.902,92 de volgende effecten gekocht:
- Aegon floating rate note perpetual voor een bedrag van € 49.622,-- (achtergestelde lening; aflossing afhankelijk van een besluit van de uitgevende instelling; de couponrente is LIBOR + 0,875%, echter tenminste 4%);
- 6% Rabobank 2005-2035 voor een bedrag van € 39.676,84;
- 6% Deutsche Bank voor een bedrag van € 29.450,85 (beide effectensoorten zijn steepeners – de couponrente is een veelvoud van het verschil tussen de lange en de korte rente - in vergelijking met gewone obligaties is het koersrisico hoger; zij zijn minder geschikt als spaarproduct);
- Fortis L Fund Europe Emerging Bond voor een bedrag van € 20.288,28. (fonds dat voornamelijk belegt in obligaties uitgegeven door en in opkomende Europese landen);
- ABN AMRO Bank N.V. euro Obligatie Fonds voor een bedrag van € 29.909,76 (belegging in risicomijdende rentedragende waarden in euro, hoofdzakelijk middellange en langlopende obligaties. De portefeuille bestaat voor ten minste de helft uit staatsleningen van EMU landen);
- ING Hoog Dividend aandelen Fonds voor een bedrag van € 29.955,19 (selectie uit aandelen van ondernemingen wereldwijd die een hoog en stabiel dividend uitkeren. De aandelen in de desbetreffende vennootschappen moeten relatief goedkoop zijn en er moeten goede winstverwachtingen bestaan).

(ix) Aldus is het vermogen van belanghebbende grofweg voor 15% belegd in aandelen, te weten ING Hoog Dividend aandelen Fonds, en voor 85% in andere effecten.

(x) Belanghebbende wilde met haar vermogen geen risico lopen. Zij wist ten tijde van de behandeling van de zaak in eerste instantie niet dat de koers van obligaties kon dalen. Zij was ten tijde van de behandeling van de zaak in hoger beroep niet op de hoogte van de bijzondere risico´s die zijn verbonden aan het merendeel van de door haar op advies van de bank gekochte obligaties.

3.2 De in eerste aanleg door belanghebbende aan de Geschillencommissie voorgelegde klacht, komt kort weergegeven, erop neer dat de bank is tekortgeschoten in de haar jegens belanghebbende betamende zorg door belanghebbende niet met voldoende nadruk te wijzen op koersrisico's die waren verbonden aan het kopen van effecten zoals hiervoor onder 3.1 (viii) is vermeld. Belanghebbende heeft gezegd dat zij geen enkel risico wilde lopen. Het advies van de bank om de bedoelde effecten te kopen was, gelet op de wensen van belanghebbende, onjuist.

Als gevolg van het geven van een onjuist advies heeft belanghebbende schade geleden. Op 3 januari 2007 is voor € 198.903 aan effecten gekocht. De waarde van haar beleggingen bedroeg op 25 november 2009, de dag waarop de behandeling van het geschil in eerste aanleg plaatsvond, € 152.796.

3.3 De Geschillencommissie heeft in rov. 4.1 vastgesteld dat in het profielformulier een tegenstrijdigheid voorkomt waar enerzijds onder 9 wordt vermeld dat belanghebbende een rendement nastreeft van 6 tot 8 % en anderzijds onder 10 wordt vermeld dat een waardedaling van slechts 0 tot 5 % voor haar aanvaardbaar is. Naar het oordeel van de Geschillencommissie had de bank belanghebbende op deze tegenstrijdigheid moeten wijzen. Hiermede heeft de Geschillencommissie tot uitdrukking gebracht dat belanghebbende, die niet het risico wenste te lopen van een waardedaling van meer dan 5%, niet mocht rekenen op een rendement van 6 tot 8%.

3.4 Belanghebbende had een aversie tegen het lopen van risico. Gelet hierop had de bank behoren te onderzoeken of belegging in effecten diende te worden geadviseerd. Had de bank dit gedaan, dan zou zij waarschijnlijk, zo oordeelt de Geschillencommissie, tot de conclusie zijn gekomen dat zodanige belegging niet voor belanghebbende geschikt was. Door niet op de onder 3.3. vermelde tegenstrijdigheid in te gaan heeft de bank zich de mogelijkheid ontnomen hierover zekerheid te verkrijgen. Het door belanghebbende met de door de bank geadviseerde beleggingen geleden verlies komt daarom in beginsel voor rekening van de bank.

3.5 De Geschillencommissie oordeelt vervolgens dat de door belanghebbende geleden schade mede kan worden toegerekend aan belanghebbende zelf. Daarom moet 33% van het door haar geleden nadeel voor haar eigen rekening blijven.

3.6 Op grond van dit een en ander heeft de Geschillencommissie geoordeeld dat de bank € 26.194,-- aan belanghebbende dient te vergoeden met rente. De bank dient voorts aan belanghebbende het bedrag van € 50,-- te vergoeden als door haar betaalde kosten voor behandeling van het onderhavige geschil.

4. Beoordeling van de grieven in het principaal beroep

4.1.1 De bank heeft een aantal grieven aangevoerd tegen de uitspraak van de Geschillencommissie. Voordat de Beroepscommissie overgaat tot beoordeling van de afzonderlijke grieven dient het volgende te worden opgemerkt.

4.1.2 Tussen de bank en belanghebbende is op 13 december 2006 onder het hoofd "OVEREENKOMST EFFECTENDIENSTVERLENING" een schriftelijke overeenkomst van opdracht tot stand gekomen. De bank heeft zich daarbij onder meer verbonden beleggingsadviezen te geven en als tussenpersoon op te treden bij het verwerven van effecten.
In de als gevolg van deze overeenkomst tussen de bank en belanghebbende tot stand gekomen rechtsverhouding, was de bank als professionele en op het terrein van beleggingen bij uitstek deskundige dienstverlener jegens haar particuliere cliënten, zoals belanghebbende, tot een bijzondere zorgplicht gehouden. Deze zorgplicht strekte onder meer ertoe dat de bank belanghebbende diende te beschermen tegen de gevolgen van haar eigen ondeskundigheid. Zij diende zich ervan te vergewissen of

belanghebbende zich bewust was van het risico van koersdaling. Omdat bij belanghebbende een risicoaversie bestond had de bank goed eraan gedaan belanghebbende niet te adviseren zich te begeven in belegging van haar vermogen in effecten. De op de bank rustende zorgplicht bracht voorts mee dat zij niet tot aankoop van effecten had mogen adviseren zolang een goede reden tot twijfel bestond over het bij belanghebbende bestaande inzicht in het aan beleggen in de onderhavige effecten verbonden risico van koersdaling.

4.1.3 In het onderhavige geval heeft de bank aan belanghebbende geadviseerd 80% van haar vermogen te beleggen in obligaties met een hoog rendement. Belanghebbende was zich niet ervan bewust dat het voor het merendeel hiervan niet ging om gewone obligaties uitgegeven door een vennootschap of overheidslichaam met een vaste couponrente, zonder achterstelling en een vast aflossingstijdstip. In het onderhavige geval hadden Aegon floating rate note perpetual, 6% Rabobank 2005-2035 en 6% Deutsche Bank, achtergesteld als de houders van deze effecten waren, een hoger koersrisico dan gewone obligaties als eerder bedoeld. Wat Aegon floating rate note perpetual betreft is het al of niet aflossen bovendien geheel afhankelijk van de wil van de uitgevende instelling. Fortis L Fund Europe Emerging Bond, had een hoger koersrisico omdat dit fonds belegde in obligaties uitgegeven door Oost Europese overheden of vennootschappen. Het risico van betalingsonmacht van de uitgevende instellingen was wat deze effecten betreft relatief hoog.

4.1.4 Het bij belanghebbende bestaande inzicht in de aan de geadviseerde beleggingen verbonden risico's was gering. Dit kan tot geen andere conclusie leiden dan dat bij de functionaris van de bank die belanghebbende destijds adviseerde, een goede reden tot twijfel moet hebben bestaan over haar inzicht in het risico van koersdaling dat was verbonden aan beleggen in het merendeel van de haar door de bank geadviseerde effecten.
Door belanghebbende desondanks te adviseren effecten als de onderhavige te kopen heeft de bank niet de door haar jegens belanghebbende betamende zorg in acht genomen. Aldus is de bank tekort geschoten in de nakoming van verplichtingen die voor haar uit de rechtsverhouding met belanghebbende voortvloeiden.

4.1.5 Waar de Geschillencommissie in haar rov 4.1 en 4.2 oordeelt dat de bank niet heeft voldaan aan hetgeen van de bank als professionele partij mocht worden verwacht, is dit oordeel in overeenstemming met hetgeen hiervoor onder 4.1.1 tot en met 4.1.4 is overwogen. Voor zover in de grieven van een andersluidende opvatting uitgaan falen zij derhalve.

4.2 Grief 1.

4.2.1 Volgens deze grief heeft de Geschillencommissie de klacht van belanghebbende ten onrechte ontvankelijk geacht. Belanghebbende had binnen de in art. 10 lid 1, onder a, Reglement Geschillencommissie genoemde termijn van één jaar bij de Geschillencommissie moeten klagen. De Beroepscommissie begrijpt deze grief aldus dat belanghebbende haar klacht binnen de genoemde termijn had moeten voorleggen aan de bank. Belanghebbende heeft de effecten gekocht op 3 januari 2007 en haar klacht bij brief van 8 januari 2008 aan de bank voorgelegd. Een deel van de beleggingen is onder pari gekocht, belanghebbende wist daarom op 3 januari 2007 reeds dat deze beleggingen aan koersdaling onderhevig konden zijn. Op 8 januari 2008 was de bedoelde termijn volgens de bank dan ook verstreken.

4.2.2 Belanghebbende heeft pas op een later tijdstip dan dat van de aankoop van de effecten inzicht verkregen in het gevaar van koersdaling dat was verbonden aan de haar door de bank geadviseerde beleggingen. Uit hetgeen hierna wordt overwogen onder 4.8.2 en 4.8.3 in verbinding met hetgeen hierna onder 5.2.1 en 5.2.2 wordt overwogen volgt dat de Beroepscommissie van oordeel is dat de enkele omstandigheid dat belanghebbende de effecten heeft gekocht tegen een koopprijs die onder de nominale waarde lag, niet meebracht dat zij had behoren te begrijpen dat de onderhavige stukken aan koersdaling onderhevig zouden kunnen zijn.
De bedoelde termijn is dan ook gaan lopen op het tijdstip waarop belanghebbende kennis kreeg van de achteruitgang van de waarde van haar beleggingen. De bank heeft niet gesteld dat hiervan meer dan een jaar voor 8 januari 2008 sprake was. De Geschillencommissie heeft belanghebbende terecht ontvankelijk geacht in haar klacht.

4.3 Grief 2.

4.3.1 De tweede grief bestrijdt dat, zoals de Geschillencommissie in haar rov. 2.1 heeft aangenomen, het hiervoor onder 3.1 sub (iv) vermelde gesprek heeft plaatsgevonden op initiatief van de bank.

4.3.2 De bank heeft geen belang bij deze grief omdat de Geschillencommissie, hoezeer ervan uitgaande dat het gesprek op 13 december 2006 heeft plaatsgevonden op initiatief van de bank, dit feit niet aan haar beslissing ten grondslag heeft gelegd.

4.4 Grief 3a

4.4.1 Ten onrechte heeft de Geschillencommissie in rov. 4.1 aangenomen dat uit het aankruisen van het eerste vakje van het profielformulier (zie hiervoor 3.1 onder (v)) volgt dat belanghebbende een risicopercentage van maximaal 5% heeft aanvaard. Er is daar slechts sprake van acceptatie van een waardedaling van 5% ten aanzien van de waarde bij aankoop, dit is niet hetzelfde als risicopercentage.

4.4.2 Ook indien uit de omstandigheid dat in het profielformulier onder 10 is aangekruist dat belanghebbende een waardedaling van 0 tot 5% acceptabel acht niet mag worden afgeleid dat belanghebbende een risicopercentage van 5% acceptabel achtte, doet dit niet af aan de door de Geschillencommissie geconstateerde tegenstrijdigheid. Het door belanghebbende nagestreefde rendement van 6 tot 8% valt niet te rijmen met een acceptatie van de kans op waardedaling van ten hoogste 5%.

4.5 Grief 3b

4.5.1 Deze grief houdt in dat als het beleggersprofiel al een tegenstrijdigheid mocht inhouden, niet valt in te zien waarom dit dan zou moeten leiden tot het oordeel dat de bank ervan had moeten afzien belanghebbende te adviseren haar vermogen in effecten te beleggen.

4.5.2 De beleggingsadviseur had, gelet op de gesignaleerde tegenstrijdigheid, behoren te begrijpen dat belanghebbende geen inzicht had in het verband tussen rendement en risico. De hiervoor onder 4.1.2 - 4.1.4 besproken zorgplicht van de bank bracht mee dat zij niet kon adviseren de onderhavige effecten te kopen zolang er een goede reden tot twijfel bestond over het inzicht van belanghebbende in dit verband.

4.6 Grief 4

4.6.1 De bank stelt in deze grief dat de echtgenoot, die een voorstander ervan was dat belanghebbende haar vermogen zou beleggen in effecten, de beslissing van belanghebbende om dit te doen heeft beïnvloed.

4.6.2 Dit betoog komt erop neer dat de beslissing van belanghebbende om haar vermogen te beleggen het gevolg is van beïnvloeding door haar echtgenoot, niet dus van het advies van de bank. Belanghebbende en haar echtgenoot hielden hun vermogens strikt gescheiden. Mede in verband hiermee lag het op de weg van de bank om aannemelijk te maken dat belanghebbende, in ieder geval in belangrijke mate, door haar echtgenoot is beïnvloed bij het maken van haar keuze om in de onderhavige effecten te gaan beleggen. De bank heeft dit echter niet aannemelijk gemaakt.

4.7 Grief 5.

4.7.1 De bank bestrijdt het oordeel van de Geschillencommissie in rov. 4.5 dat belanghebbende eerst bij de mondelinge behandeling van de zaak in eerste aanleg bekend is geraakt met zowel de werking als de risico's van de producten in haar portefeuille. In rov. 4.3 overweegt de Geschillencommissie dat belanghebbende in redelijkheid ermee bekend verondersteld mag worden dat obligaties aan koersschommelingen onderhevig kunnen zijn omdat de obligatieleningen Aegon, Deutsche Bank en Rabobank

ruim onder pari zijn gekocht. Hieruit volgt, naar het oordeel van de bank, dat belanghebbende reeds bij de aankoop van de effecten op de hoogte was van de werking en de risico's van de desbetreffende effecten.

4.7.2 De Geschillencommissie heeft in rov. 4.3, in hoger beroep niet bestreden, vastgesteld dat belanghebbende heeft verklaard dat zij niet wist dat ook obligaties aan koers-schommelingen onderhevig zijn. Hierin heeft de Geschillencommissie voldoende grond kunnen vinden voor haar oordeel in rov. 4.5 dat belanghebbende niet eerder dan bij gelegenheid van de mondelinge behandeling bekend is geraakt met de werking en de risico's van de producten in haar portefeuille. Hieraan kan niet afdoen dat, zoals de Geschillencommissie in rov. 4.3 voorts overweegt, belanghebbende in redelijkheid bekend verondersteld mocht worden met het gegeven dat obligaties aan koersschommelingen onderhevig kunnen zijn. Zoals hierna onder 5.2.1 en 5.2.2 nader zal worden overwogen met betrekking tot de grief van belanghebbende in het incidenteel beroep, kan dit oordeel van de Geschillencommissie niet in stand blijven.

4.8 Grief 6.

4.8.1 De zesde grief is gericht tegen rov. 4.5 van de Geschillencommissie voor zover zij daarin oordeelt dat de schade moet worden berekend naar de koersen van 25 november 2009. Volgens de bank heeft de Geschillencommissie miskend dat de beleggingshorizon van belanghebbende 4 tot 6 jaar bedroeg ingaande op 3 januari 2007. De bank voegt hieraan toe dat belanghebbende de door haar op advies van de bank gekochte effecten nog steeds aanhoudt en haar beleggingen thans een positief resultaat opleveren; van waardedaling is geen sprake. Bovendien heeft de door belanghebbende aanvaardbaar geachte waardedaling betrekking op de gehele beleggingshorizon.

4.8.2 Zoals hiervoor onder 4.1.2 – 4.1.4 is overwogen is de bank tekortgeschoten in de nakoming van haar uit de op haar rustende zorgverplichting jegens belanghebbende door haar te adviseren de onderhavige effecten te kopen ofschoon een goede reden tot twijfel erover bestond of belanghebbende inzicht had in de aan deze belegging verbonden risico´s. Het tijdstip waarop belanghebbende bemerkte dat de waarde van de door haar op advies van de bank gekochte effecten verder was gedaald dan zij acceptabel achtte, is het tijdstip waarop zij geacht kon worden bekend te zijn geworden met het tekortschieten van de bank in de op haar rustende zorg-verplichting. Hieraan kan niet afdoen dat in het profielformulier bij de vraag naar het aantal jaren dat belanghebbende ter beschikking had voor de opbouw van haar vermogen is aangekruist: "4 tot 6 jaar." Hiermee heeft belanghebbende niet de bevoegdheid prijsgegeven op een eerder tijdstip erover te klagen dat de bank is tekortgeschoten in het betrachten van de door haar jegens belanghebbende betamende zorg.

4.8.3 Het tijdstip waarop belanghebbende was bekend geworden met het tekortschieten door de bank is ook het tijdstip waarop de schade moet worden vastgesteld. Het was aan belanghebbende om op dat tijdstip te beslissen wat zij met haar effecten zou doen. De bank zou niet gehouden zijn tot vergoeding van mogelijk nadeel dat belanghebbende mocht lijden na het bedoelde tijdstip door het aanhouden of afstoten van haar beleggingen. Hier tegenover staat dat de bank zich niet kan erop beroepen dat het afstoten of aanhouden van de beleggingen aan belanghebbende een voordeel heeft opgeleverd. Voormeld voordeel of nadeel kan immers niet worden beschouwd als voort te vloeien uit het tekortschieten door de bank. Belanghebbende had kunnen besluiten de effecten te verkopen en vervolgens gelijke effecten te kopen. Haar portefeuille zou ook dan in waarde zijn toegenomen, maar deze waardevermeerdering zou dan zonder twijfel niet zijn terug te voeren tot de oorspronkelijke effectentransactie. Niet valt in te zien dat anders zou moeten worden geoordeeld in het onderhavige geval waarin belanghebbende de door haar gekochte effecten simpelweg heeft aangehouden.

4.9 Grief 7

4.9.1 Deze grief is gericht tegen de schadeberekening door de Geschillencommissie in rov. 4.6. De grief verwijt de Geschillencommissie dat zij bij haar berekening van de schade geen rekening heeft gehouden met de opgelopen rente ofschoon het punt van de opgelopen rente volgens de bank wel is genoemd bij de mondelinge behandeling in eerste instantie. Voorts houdt de grief in dat niet van door belanghebbende geleden schade sprake is omdat per 14 april 2010 geen sprake was van verlies maar van een positief resultaat van € 14.550,81.

4.9.2 De Geschillencommissie heeft in rov. 4.6 tot uitgangspunt genomen dat ter vaststelling van de door belanghebbende geleden schade eerst het verschil tussen de aanvangswaarde van de effecten, te weten € 198.903 en de waarde van de effecten op 25 november 2009, te weten € 152.796 moet worden berekend. Op dit verschil ten bedrage van € 46.107 moet volgens de Geschillencommissie een bedrag van door belanghebbende ontvangen rente en dividenden van € 24.011 in mindering worden gebracht. De Geschillencommissie heeft klaarblijkelijk, maar ten onrechte, geen rekening gehouden met de opgelopen maar nog niet uitgekeerde rente. De bank heeft bij pleidooi onder verwijzing naar de aan haar pleitnota gehechte `Rendementsberekening mevrouw X` uiteengezet dat op 25 november 2009 het in het jaar 2009 wegens rente opgelopen bedrag voor Aegon floating rate note perpetual, 6&% Rabobank 2005-2035 en 6% Deutschland tezamen € 3.238,83 beliep. Belanghebbende heeft dit bedrag niet bestreden zodat van de juistheid ervan moet worden uitgegaan. Dit bedrag moet ook in de berekening worden betrokken. Aldus opgevat is de grief gegrond.

De door belanghebbende geleden schade laat zich dan berekenen als volgt, waarbij de Beroepscommissie op hele euro´s afgeronde bedragen in haar berekening betrekt:

Uitgangswaarde van de effecten		€ 198.903
Waarde van de effecten op 25.11.2009)		**€ 152.796**
Verschil		€ 46.107
Ontvangen rente en dividend	af	€ 24.011
In 2009 opgelopen rente	af	€ 3.239
Gederfde rente spaarrekening	**bij**	**€ 17.000**
Door belanghebbende geleden schade		€ 35.857

4.9.3 Hierbij verdient te worden opgemerkt dat uit de hiervoor bedoelde rendementsberekening zou kunnen volgen dat de bank bij de mondelinge behandeling in hoger beroep tot uitgangspunt neemt dat niet € 24.011 wegens ontvangen rente en dividenden in mindering moet worden gebracht, maar € 30.047 (exclusief de opgelopen rente). Het beroepschrift van de bank bevat evenwel niet een hierop gerichte grief. Een dergelijke grief kon niet voor het eerst bij de mondelinge behandeling worden aangevoerd. De Beroepscommissie gaat daarom hieraan voorbij.

4.9.4 De zesde grief faalt voor het overige op de gronden die hiervoor zijn vermeld onder 4.8.2 en 4.8.3.

4.10 Grief 8

4.10.1 In deze grief betoogt de bank dat de Geschillencommissie de schade van belanghebbende ten onrechte slechts voor 33% aan haar toerekent. Volgens de bank is het kopen van effecten onder pari een zo duidelijk signaal dat de effecten in waarde kunnen dalen, dat haar eigen schuld had moeten worden bepaald op 100%.

4.10.2 Deze grief faalt omdat, zoals hierna onder 5.2.1 en 5.2.2 nader zal worden uiteengezet, de grief van belanghebbende in het incidenteel beroep slaagt.

5. Beoordeling van de grieven in het incidenteel hoger beroep

5.1 Grief 1.

5.1.1 Belanghebbende bestrijdt in deze grief de door de Geschillencommissie gehanteerde schadeberekening. Volgens belanghebbende bedraagt de door haar geleden schade € 47.301,05.

5.1.2 De grief moet worden verworpen omdat zij van een andere wijze van schadeberekening uitgaat dan hiervoor onder 4.9.2 door de Beroepscommissie als juist is aanvaard.

5.2 Grief 2

5.2.1 In haar tweede grief bestrijdt belanghebbende het oordeel van de Geschillencommissie in rov 4.3 en rov 4.4 waar zij met verwijzing naar art. 6:101 lid 1 BW, oordeelt dat aan belanghebbende toe te rekenen omstandigheden voor 33% hebben bijgedragen tot de schade.

5.2.2 Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat ervan moet worden uitgegaan dat belanghebbende eerst ten tijde van de mondelinge behandeling in eerste aanleg ervan op de hoogte is gekomen dat ook aan beleggen in obligaties risico's zijn verbonden. Voorts volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen dat de desbetreffende account-manager zich onvoldoende ervan heeft vergewist of belanghebbende voldoende inzicht had in de risico's verbonden aan het beleggen in effecten als de onderhavige. Gelet hierop komt de Beroepscommissie tot de gevolgtrekking dat belanghebbende eerst ten tijde van de mondelinge behandeling van de zaak in eerste aanleg bekend is geworden met de kans dat de door haar gekochte effecten verder in waarde zouden kunnen dalen dan de maximaal 5% die zij volgens het door haar ondertekende profiel-formulier ter vaststelling van haar beleggersprofiel aanvaardbaar achtte. Niet gebleken is van feiten en/of omstandigheden die mee brengen dat moet worden gezegd dat belanghebbende anderszins reeds ten tijde dat zij de effecten verwierf hiermee bekend had behoren te zijn. De Beroepscommissie is daarom van oordeel dat niet kan worden gezegd dat aan belanghebbende toe te rekenen omstandigheden aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen.

6. Slotsom in het principale en in het incidentele beroep

6.1 Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat zowel het principaal het incidenteel hoger beroep ten dele slaagt.

6.2 De bank dient aan belanghebbende het volle bedrag van de door haar geleden schade van € 35.857,-- te vergoeden.

6.3 De bank dient voorts de wettelijke rente te vergoeden over dit bedrag. De rente gaat in op de dag van de mondelinge behandeling van de zaak in eerste aanleg nu bij de schadeberekening met door belanghebbende gederfde rente is rekening gehouden.

6.4 De Beroepscommissie vindt aanleiding om op de voet van art. 11 leden 4 en 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening te bepalen dat de bank € 3.000,-- zal vergoeden aan belanghebbende ter zake van de door haar betaalde bijdrage voor beroep en door haar gemaakte kosten.

7. Beslissing

De Beroepscommissie stelt bij bindend advies de volgende beslissing in de plaats van de beslissing van de Geschillencommissie:

- de bank dient aan belanghebbende binnen een termijn van zes weken na verzending van een afschrift van dit bindend advies aan partijen het bedrag van € 35.857,-- te vergoeden;
- de bank dient over dit bedrag de wettelijke rente te vergoeden ingaande op 25 november 2009 tot aan de dag van volledige vergoeding;
- de bank dient aan belanghebbende een bedrag te vergoeden van € 3.000,-- ter zake van de door haar betaalde bijdrage voor beroep en door haar gemaakte kosten.