Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-44 d.d. 11 februari 2013
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, mr. M.L. Hendrikse en J.C. Buiter, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

In haar tussenuitspraak van 12 maart 2012 heeft de Commissie geoordeeld dat het gedeelte van de portefeuille van Consument dat in vastrentende waarden zou worden volledig uit perpetuele obligaties is gaan bestaan en dat Aangeslotene Consument had mogen adviseren tot maximaal een kwart van het obligatiegedeelte van zijn portefeuille voor die producten te kiezen. Verder heeft de Commissie de uitgangspunten benoemd aan de hand waarvan de voor vergoeding in aanmerking komende schade zich laat begroten en Aangeslotene opgedragen een berekening te overleggen.
De Commissie stelt vast dat Aangeslotene met haar reactie naar aanleiding van deze opdracht, naast het overleggen van enige berekeningen, tevens de inhoud van de tussenuitspraak ter discussie heeft willen stellen. Daarvoor is naar het oordeel van de Commissie echter geen plaats, onder meer omdat Aangeslotene reeds voldoende gelegenheid heeft gehad verweer te voeren. Voorts hebben de berekeningen van Aangeslotene in onvoldoende mate de in haar tussenuitspraak vermelde uitgangspunten in acht genomen en bieden deze derhalve geen juiste afspiegeling van de door Consument geleden schade.
Op basis van hetgeen partijen aan haar hebben overgelegd kan de exacte schade zijdens Consument niet nauwkeurig worden vastgesteld. Derhalve beslist de Commissie, in lijn met eerdere jurisprudentie, op grond van het in artikel 6:97 BW bepaalde, de omvang ervan te schatten en de schade te begroten door het beleggingsresultaat te vergelijken met een benchmark die zich goed verhoudt tot de door haar in haar tussenuitspraak geformuleerde uitgangspunten.

1. Procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de tussenuitspraak van 12 maart 2012, op website (nr. 2012-226);
- de brief van 21 mei 2012 van de advocaat van Aangeslotene;
- de brieven van 15 juni 2012 van de secretaris; en
- de brief van 29 juni 2012 van Consument.

In vervolg op deze brieven heeft de secretaris aan partijen bericht dat de Commissie haar einduitspraak zal wijzen.

2. De verdere beoordeling

2.1 In haar tussenuitspraak van 12 maart 2012 heeft de Commissie geoordeeld dat het gedeelte van de portefeuille van Consument dat in vastrentende waarden zou worden belegd vanaf het vierde kwartaal 2004 volledig uit perpetuele obligaties is gaan bestaan. Daarmee is

er sprake geweest van een overweging in de portefeuille wat betreft perpetuele obligaties. De Commissie heeft voorts geoordeeld dat Aangeslotene Consument had mogen adviseren tot maximaal een kwart van het obligatiegedeelte van zijn portefeuille voor die producten te kiezen. Verder heeft de Commissie de uitgangspunten benoemd aan de hand waarvan de voor vergoeding in aanmerking komende schade zich laat begroten en Aangeslotene opgedragen een berekening te overleggen. Na ontvangst daarvan heeft de Commissie Consument in de gelegenheid gesteld op die berekening te reageren.

2.2 In de brief van 21 mei 2012 heeft Aangeslotene onder meer gesteld dat:

1.2 Er feitelijke onjuistheden in de tussenuitspraak staan waardoor de rekenkundige uitgangspunten niet in stand kunnen blijven.

1.3 Er onduidelijkheid is over het portefeuillebegrip.

1.4 Het door de Commissie gelegde verband tussen perpetuele obligaties en zakelijke waarden niet door Consument is gesteld en dit een onhoudbaar standpunt is nu er sprake is van het ambtshalve aanvullen van stellingen en het oordeel als onbegrijpelijk niet in stand kan blijven.

1.5 Het percentage van 25% willekeurig is gekozen en niet in stand kan blijven

(i) wederom omdat er ambtshalve aangevuld is;

(ii) motivering onvoldoende is;

(iii) kwalitatieve beoordeling moet plaatsvinden i.p.v. een kwantitatieve.

En voorts dat er gelet op deze punten een uitgebreide bespreking van de tussenuitspraak noodzakelijk is, waartoe WUE om een zitting verzoekt.
Daarnaast heeft Aangeslotene het verlies van Consument in diverse bijlagen op verschillende wijzen begroot.

2.3 De Commissie heeft bij brief van haar secretaris van 15 juni 2012 op de stellingen van Aangeslotene gereageerd en heeft in die brief onder meer en voor zover hier van belang het navolgende geschreven:

"De Commissie stelt vast dat het door u onder 1.2 en 1.3 genoemde aanleiding geeft Consument naar zijn mening daaromtrent te vragen. Mocht hij dezelfde mening zijn toegedaan als u, en er daarmee geen geschil is tussen partijen over wat er als feitelijk vaststaand dient te worden beschouwd, dan zal de Commissie daar bij haar einduitspraak rekening mee houden.
Voor wat betreft het door u onder 1.4, 1.5 en vervolgens opgemerkte geldt dat (Aangeslotene) gedurende de procedure bij de Commissie ampel gelegenheid heeft gehad adequaat verweer te voeren, waarbij ik verwijs naar de brief van 13 juli 2011 (bijlage) maar kennelijk heeft nagelaten daarvan gebruik te maken. De Commissie ziet gelet daarop geen redenen aan uw verzoek gehoor te geven. Naar haar oordeel is er geen sprake van aanvulling van feitelijke gronden of verrassingsbeslissingen die aanleiding geven de discussie te heropenen. In ieder geval had uit de uitspraken van de Commissie over vergelijkbare kwesties duidelijk kunnen zijn welk beoordelingskader zij hanteert. Voor zover uw opmerkingen een verzoek tot verdere aanpassing van de uitspraak betreffen dan in de vorige paragraaf genoemd, leest de Commissie daarin een vraag om herziening. In dat verband wijs ik u op de mogelijkheid van hoger beroep die onder omstandigheden openstaat."

Vervolgens heeft de Commissie Consument van haar reactie in kennis gesteld en hem de gelegenheid geboden te reageren op voornoemde brief van Aangeslotene.

2.4 In zijn brief van 29 juni 2012 heeft Consument beaamd dat er een feitelijke onjuistheid in de tussenuitspraak van de Commissie staat, waar Aangeslotene in haar brief van 21 mei 2012 naar zijn mening terecht op heeft gewezen. Consument meent voorts dat er geen onduidelijkheid is over het portefeuillebegrip en behoudt zich alle rechten voor met betrekking tot de andere stellingen van Aangeslotene.

Aangaande de door Aangeslotene overgelegde berekeningen meent Consument dat deze in strijd zijn met de opdracht die de Commissie in haar tussenuitspraak aan Aangeslotene heeft verstrekt. Daarbij merkt hij op dat, teneinde een uitgebreide discussie over individuele obligaties te voorkomen, een vergelijking met een benchmark bestaande uit goed verhandelbare Europese bedrijfs- en staatsobligaties naar zijn mening zal leiden tot een objectievere uitkomst van de schadeberekening dan willekeurige obligaties. Consument stelt voor Aangeslotene een nieuwe berekening te laten overleggen in lijn met de opdracht van de Commissie, dan wel zijn schadebegroting als uitgangspunt te nemen voor het vaststellen van de voor vergoeding in aanmerking komende schade (te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 19 juni 2008) dan wel dat de Commissie op kosten van Aangeslotene een deskundige benoemt om een schadeberekening te maken.

2.5 De Commissie stelt allereerst vast dat partijen er na haar tussenuitspraak niet in geslaagd zijn onderling alsnog tot een vergelijk te komen, welke mogelijkheid zij in haar tussenuitspraak had opgenomen. Derhalve zal de Commissie in het navolgende het geschil beslechten door een einduitspraak in de vorm van een bindend advies.

2.6 Partijen hebben de Commissie er in hun bovengenoemde brieven op gewezen dat zij in haar tussenuitspraak abusievelijk 2004 opgenomen heeft als moment vanaf hetwelk het obligatiegedeelde van de portefeuille van Consument volledig uit perpetuele leningen is gaan bestaan. Gelet op het feit dat tussen partijen overeenstemming bestaat over het correcte jaartal waarop die omstandigheid zich voordeed, te weten 2005, zal de Commissie dat jaartal aanhouden bij de verdere beoordeling van het geschil.

2.7 Bij haar brief van 21 mei 2012 heeft Aangeslotene enkele berekeningen overgelegd die Consument naar het oordeel van de Commissie in zijn brief van 29 juni 2012 gemotiveerd en met recht heeft betwist. Zijn bezwaren tegen die berekeningen maakt de Commissie tot de hare. De berekeningen van Aangeslotene hebben in onvoldoende mate de in haar tussenuitspraak vermelde uitgangspunten in acht genomen en bieden derhalve geen juiste afspiegeling van de door Consument geleden schade.

2.8 In lijn met eerdere jurisprudentie van de Commissie (vergelijk GC 2010-91 d.d. 6 mei 2010 en GC 2010-132 d.d. 6 juli 2010 welke uitspraken door de Commissie van Beroep zijn gehandhaafd: GCHB 2010-400 en GCHB 2010-405) kan zij, in gevallen waarin de schade op basis van hetgeen partijen aan haar hebben overgelegd niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, op grond van het in artikel 6:97 BW bepaalde, de omvang ervan schatten, waarbij blijkens de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Boek 6, p. 339) een grote mate van vrijheid heeft te gelden.

2.9 Gelet op het belang dat de Commissie eraan hecht de inmiddels langlopende procedure niet verder te verlengen zonder dat daar aanleiding toe is – het geschil was immers al in voldoende mate duidelijk waardoor de Commissie in haar tussenuitspraak de kaders waarbinnen de schade geleden door Consument berekend dient te worden heeft kunnen vaststellen – en de procesopstelling van Aangeslotene niet zo'n aanleiding vormt, zal de Commissie van die vrijheid gebruik maken om de schade zijdens Consument te begroten. De suggestie van Consument, om in plaats van individuele obligaties een benchmark te gebruiken bij de becijfering van zijn nadeel, komt de Commissie alleszins redelijk voor.

2.10 Bij gebrek aan een nauwkeuriger methode zal de Commissie de voor vergoeding in aanmerking komende schade dan ook begroten door het beleggingsresultaat te vergelijken

met een benchmark die zich goed verhoudt tot de door haar in haar tussenuitspraak geformuleerde uitgangspunten, te weten algemeen verkrijgbare langlopende Europese bedrijfs- en staatsobligaties. De Commissie neemt als benchmark voor vastrentende waarden de Barclays Euro Aggregate Bond Index (hierna te nomen: Barclays EAB Index). Dit betreft een index die is samengesteld uit risicomijdende rentedragende waarden in euro met een ruime spreiding over verschillende asset categorieën en hoge rating, lopend van BAA tot en met AAA. Deze index wordt als benchmark gebruikt door menig in vastrentende waarden beleggend fonds.

2.11 Om het door Consument geleden verlies over de periode van eind 2005 tot medio 2008 te bepalen, neemt de Commissie het gemiddelde resultaat van drie fondsen die de Barclays EAB Index als benchmark gebruiken, te weten:

- het BNP Paribas Euro Obligatie Fonds Inc, dat in die periode een negatief rendement van 0,6% liet zien.
- het ING Euro Obligatie Fds Inc, dat in die periode een negatief rendement van 3,4% liet zien.
- het Robeco All Strategy Euro Bonds Class BH EUR, dat in die periode een negatief rendement van 3,9% liet zien.

Gemiddeld kenden deze drie fondsen een negatieve rendementsontwikkeling van 2,6%. Dat is substantieel minder dan de door Aangeslotene geadviseerde producten in de portefeuille van Consument.

2.12 Het verschil in rendementsontwikkeling tussen de drie obligatiefondsen en de portefeuille van Consument vormt de voor vergoeding in aanmerking komende schade die, conform hetgeen de Commissie in haar tussenuitspraak heeft vastgesteld, dient te worden berekend over het teveel aan perpetuele obligaties in de portefeuille van Consument, dat € 117.750 groot was, (zijnde 75% van het totaal aan perpetuele leningen). De Commissie neemt voorts in aanmerking dat Consument op voornoemde producten coupons heeft ontvangen met een hoger rentepercentage dan van niet perpetuele leningen. Een correctie naar het verschil in couponrente van 2% acht de Commissie daarom redelijk.
De Commissie stelt de schade naar redelijkheid en billijkheid vast op een bedrag van € 45.600.

2.13 De Commissie heeft geconstateerd dat Consument aan het slot van zijn brief van 29 juni 2012 om vergoeding van de wettelijke rente heeft gevraagd vanaf 19 juni 2008. De Commissie begrijpt dit als een vermeerdering van eis, die niet toelaatbaar is in dit stadium van de procedure, mede gelet op de omvang van het gevorderde renteverlies, het uitvoerige partijdebat over de schadevaststelling, en op hetgeen hiervoor onder 2.9 is overwogen.

3. 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 Consument vergoedt:

(a) een bedrag van € 45.600;
(b) het bedrag van € 50, betaald door Consument 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.