

Beslissing Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-134 d.d. 18 maart 2014

(mr. J. Wortel, voorzitter, de heren R.H.G. Mijné en H. Mik RA, leden en mr. D.M.A. Gerdes secretaris)

Samenvatting

De belegger heeft verlies geleden op de effectenportefeuille die hij aanhield bij een vermogensbeheerder. Om schadevergoeding te krijgen zijn er twee procedures ingesteld: één bij de civiele rechter en één bij de Commissie. Naar het oordeel van de Commissie worden daardoor wezenlijk dezelfde geschilpunten zowel aan de civiele rechter als aan de Commissie voorgelegd. Volgens het reglement leidt dit tot niet-ontvankelijkheid van de belegger.

I. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting, ontvangen op 30 juni 2011;
- de brief van Aangeslotene van 10 oktober 2011;
- de brief van A van 3 november 2011;
- de brief van Aangeslotene van 25 november 2011;
- de fax van A van 28 november 2011;
- de brieven van de secretaris van de Commissie aan partijen van 7 februari 2012;
- de brief van Aangeslotene van 15 maart 2012;
- de fax van A van 29 maart 2012;
- de brief van Aangeslotene van 3 april 2012;
- de brief van Aangeslotene van 23 april 2012;
- de brief van de voorzitter van de Commissie aan Aangeslotene van 29 mei 2012;
- het aanvullend verweerschrift van 10 juli 2012;
- de repliek van Consument van 25 september 2012;
- de fax van Consument van 10 oktober 2012;
- de dupliek van Aangeslotene van 23 november 2012;
- de brief van Consument van 22 januari 2012;
- de spreekantekeningen van de advocaat van Consument, overgelegd ter zitting; en
- de spreekantekeningen van de advocaat van Aangeslotene, overgelegd ter zitting.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen haar advies als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 10 april 2013 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 In 22 januari 2008 is een overeenkomst van vermogensbeheer ondertekend door Aangeslotene en A, de pensioenvennootschap X. Afgesproken is onder meer dat het vermogen zou worden belegd in gestructureerde obligaties en dat voor de beheerportefeuille een zeer defensief profiel zou gelden.

2.2 De beheerportefeuille is begin 2008 geopend en A heeft een bedrag van in totaal € 387.000 in beheer gegeven. Voor een deel is dit bedrag belegd in gestructureerde obligaties uitgegeven door Lehman Brothers (hierna: Lehman Notes) en voor een deel in gestructureerde obligaties uitgegeven door andere emittenten.

2.3 Op 9 mei 2009 heeft A Aangeslotene aansprakelijk gesteld voor de schade die A heeft geleden als gevolg van aanzienlijke koersverliezen. Vervolgens, op of omstreeks 27 juni 2009, heeft A een overeenkomst gesloten met Stichting Hulp Gedupeerden (hierna: SHG). Daarin staat onder meer:

“De Stichting Hulp Gedupeerden (...), hierna te noemen: de Stichting; en A B.V. vertegenwoordigd door (naam Consument) (...), hierna te noemen: de Aangeslotene (...)

Overwegende dat

(...) de Stichting (...) is opgericht (...) die ten doel heeft het (...) behartigen van de belangen, zowel in als buiten rechte, van hen die aan de Stichting ter incasso hebben gecedeerd hun vordering jegens (naam Aangeslotene N.V.) gevestigd te Y terzake van de aankoop van door Lehman Brothers Treasury Co B.V. en/of aan haar gelieerde vennootschappen uitgegeven notes (hierna: Notes) waardoor zij schade hebben geleden, dan wel daardoor anderszins in hun belangen zijn aangetast of dreigen te worden aangetast (...).

(...)

Artikel I – Lastgeving

I.1 De Stichting verbindt zich (als lasthebber) jegens de Aangeslotene (als lastgever) om in naam van de Stichting en voor rekening en risico van de Aangeslotene in onderhandeling te treden met, dan wel (...) een gerechtelijke procedure aanhangig te maken tegen (naam Aangeslotene.)

I.2 De in artikel I.1 (...) toegekende rechten (...) zijn exclusief en kunnen derhalve tijdens de duur van deze overeenkomst niet door de Aangeslotene zelf worden uitgeoefend, zulks overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:423 lid I Burgerlijk Wetboek. (...)

2.4 Op 17 augustus 2009 heeft A bij de Ombudsman een klacht ingediend over het beheer van Aangeslotene. Enige tijd later, op 19 april 2010, heeft SHG Aangeslotene gedagvaard in een civiele procedure bij de rechtbank Amsterdam. In deze civiele procedure wordt een vordering ingesteld tot vergoeding van schade die A en een aantal andere cliënten van Aangeslotene hebben geleden.

2.5 A heeft een verklaring van 22 januari 2010 overgelegd waarin SHG het volgende verklaart:

“De Stichting Hulp Gedupeerden (de “Stichting”) is een stichting die optreedt namens dupeerde beleggers die zogeheten Notes uitgegeven door Lehman Brothers Treasury Co B.V. of aan haar gelieerde vennootschappen (de “Lehman Notes”) hebben afgenomen via (naam Aangeslotene.) De Stichting heeft in dit kader met (...) A B.V. (...) (hierna gezamenlijk de “Aangesloten Personen”) een overeenkomst gesloten waarbij de Aangesloten Personen aan de Stichting last geven om hun vorderingen met betrekking tot de Lehman Notes uit te

winnen. Het betreft een zogeheten privaatieve last die niet door de deelnemers kan worden opgezegd. De Stichting heeft die mogelijkheid wel.

Namens de Stichting delen wij u mede dat de genoemde privaatieve last uitsluitend ziet op de vorderingen ten aanzien van de Lehman Notes. De privaatieve last ziet niet op Notes van andere uitgevende instellingen die via (naam Aangeslotene) zijn aangekocht. (...)"

2.6 De rechtbank Amsterdam heeft op 2 maart 2011 vonnis gewezen in de hiervoor genoemde procedure van SHG. De rechtbank heeft de vorderingen van SHG afgewezen. In het vonnis zijn de werkzaamheden van SHG, de relevante notes en de vordering van SHG als volgt omschreven:

"2. De feiten

2.1. De Stichting is een stichting die zich volgens haar statuten – kort gezegd - ten doel stelt het behartigen van de belangen van hen die schade hebben geleden door de aankoop bij [gedaagde sub I] van door Lehman Brothers Treasury Co B.V. (hierna: LBTC) uitgegeven notes, en die hun vorderingen jegens [gedaagden] hebben gecedeerd aan de Stichting.

2.2. [gedaagde sub I] heeft brochures en/of termsheets opgesteld voor beleggingsproducten (hierna: notes), die waren uitgegeven door LBTC. Hoofdkenmerk van de notes is dat de belegger een bedrag voor een bepaalde tijd inlegt tegen een (deels vaste en deels) variabele rente en hij aan het eind van de looptijd ervan de inleg terugkrijgt. Het betreft, voor zover in deze procedure van belang, de volgende notes:

Notes Uitgiftedatum

- Garantie Bonus Notes 5 10 oktober 2006
- Garantie Bonus Notes 6 9 februari 2007
- China Security Notes 4 3 april 2007
- Rente Plus Notes 1 7 februari 2008
- China Security Notes 5 7 februari 2008
- Rente Garant Notes 1 7 februari 2008
- Rente Garant Notes 2 10 april 2008
- Garantie Bonus Notes 9 27 juni 2008.

(...)

3. De vordering

3.1. De Stichting vordert na wijziging van eis, bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. [gedaagde sub I] te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 9.972.958,17, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 5 maart 2010;

II. [gedaagde sub I] te veroordelen tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten ten bedrage van € 6.422,00;

III. [gedaagde sub I] te veroordelen in de kosten van deze procedure;

IV. Bestuurders en Aandeelhouder te veroordelen tot betaling van het toegewezen schadebedrag, de buitengerechtelijke incassokosten en de proceskosten voor zover de Stichting zulks niet kan incasseren bij [gedaagde sub I].

3.2. De Stichting legt aan haar vorderingen ten grondslag dat zij optreedt namens ongeveer 260 personen (hierna: de Cedenten) die stellen in de periode vanaf 2 september 2006 tot en met 23 juni 2008 de hiervoor onder 2.2 vermelde notes te hebben aangekocht. De Stichting stelt, kort gezegd, dat [gedaagde sub I] onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Cedenten door:

A. te handelen in strijd met de prospectusplicht;

B. te handelen in strijd met de regelgeving inzake de informatieverstrekking;

C. te handelen in strijd met de op haar als beleggingsonderneming rustende bijzondere zorgplicht;

D. zich schuldig te maken aan misleidende reclame;

E. met onrechtmatige gevaarzetting te hebben gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

(...)

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af (...).”

2.7 Tegen dit vonnis heeft SHG hoger beroep ingesteld bij het hof Amsterdam. In het hoger beroep luidt, na eisiwijziging, de eis van SHG als volgt:

“dat het Gerechtshof moge behagen (...) opnieuw rechtdoende:

1) te verklaren voor recht dat (naam Aangeslotene B.V.) onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Gedupeerden die de Garantie Bonus Notes 5, Garantie Bonus Notes VI, China Security Notes IV, Rente Plus Notes (alias 4% Rente Plus Notes 2016), China Security Notes 5, Rente Garant Notes, Rente Garant Notes 2 en/of Garantie Bonus Notes 9 op advies van en/of via en/of bij (naam Aangeslotene B.V.) hebben gekocht of doen kopen, door in de brochures en termsheets die betrekking hebben op de hiervoor vermelde Notes misleidende mededelingen in de zin van artikel 6:194 (oud) BW openbaar te maken; en

2) te verklaren voor recht dat (naam Aangeslotene B.V.) onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Gedupeerden die de Garantie Bonus Notes 5, Garantie Bonus Notes VI, China Security Notes IV, Rente Plus Notes (alias 4% Rente Plus Notes 2016), China Security Notes 5, Rente Garant Notes, Rente Garant Notes 2 en/of Garantie Bonus Notes 9 op advies van en/of via en/of bij (naam Aangeslotene B.V.) hebben gekocht of doen kopen, door schending van de bij en/of krachtens de artikelen 4:19 en 4:20 Wft gestelde regels en/of van de in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft gestelde regels (in het bijzonder de artikelen 51a en 57-63 Bgfo) ter zake van de hiervoor vermelde Notes; en

3) (Naam Aangeslotene B.V.) te veroordelen tot vergoeding van de schade die Gedupeerden als gevolg van de onder (1) en (2) vermelde onrechtmatige daden hebben geleden, deze schade op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet; en

4) te verklaren voor recht dat [namen bestuurders en aandeelhouder van (naam Aangeslotene B.V.) onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Gedupeerden door de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers van (naam Aangeslotene B.V.), waaronder de Gedupeerden en de Stichting Hulp Gedupeerden, op (naam Aangeslotene B.V.) te frustreren en/of te beperken; en

5) [namen bestuurders en aandeelhouder van (naam Aangeslotene B.V.) hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding van de schade die de Gedupeerden als gevolg van de onder (4) vermelde onrechtmatige daad hebben geleden, deze schade op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet; en

6) geïntimeerden hoofdelijk te veroordelen in de kosten van deze procedure (...).”

2.8 In de klachtprocedure bij de Ombudsman is bij brief van 30 maart 2011 aan partijen bericht dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen. In deze brief overweegt de Ombudsman dat een procedure is aanhangig gemaakt bij de civiele rechter, die ook betrekking heeft op het beheer van A's portefeuille door Aangeslotene, en dat het niet uitmaakt of de procedure bij de civiele rechter een ander gedeelte van de portefeuille betreft

dan de procedure bij de Ombudsman; bij het beoordelen van het beheer moet immers de portefeuille in zijn geheel worden gezien.

2.9 In de procedure bij de Commissie heeft Aangeslotene toestemming gevraagd en gekregen om eerst afzonderlijk verweer te voeren ten aanzien van de ontvankelijkheid. Aangeslotene heeft vervolgens haar ontvankelijkheidsverweer toegelicht en A heeft daarop gereageerd, waarna de secretaris in zijn brief van 7 februari 2012 aan partijen heeft bericht dat het ontvankelijkheidsverweer van Aangeslotene wordt verworpen. Nadat Aangeslotene tegen deze beslissing bezwaar had gemaakt, heeft de Voorzitter van de Commissie bij brief van 29 mei 2012 aan partijen bericht dat het ontvankelijkheidsverweer voorshands wordt verworpen op de grond dat, afgaande op de tot dan toe ingediende stukken, het reglement er niet aan in de weg staat dat A bij de civiele rechter schadevergoeding vordert ten aanzien van een gedeelte van haar portefeuille en bij de Commissie ten aanzien van de resterende effecten in haar portefeuille. De Voorzitter heeft daarbij overwogen dat de Commissie eerst in haar bindend advies definitief op dit ontvankelijkheidsverweer zal beslissen.

3. Geschil

3.1. A vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die zij op de effecten in haar portefeuille, met uitzondering van de Lehman Notes, heeft geleden. De schade is volgens A gelijk aan het verschil tussen het koersverlies ad € 69.868,44 op de bedoelde effecten en het koersresultaat dat zou zijn behaald als de portefeuille voor 100% in obligaties zou zijn belegd; dit fictieve resultaat dient te worden berekend aan de hand van de door Aangeslotene zelf gehanteerde index, de I Boxx Euro Overall Index, aldus A.

3.2 Aan deze vordering legt A ten grondslag dat Aangeslotene jegens haar niet de zorg van een goed huisvader heeft betracht:

- (a) door een te risicovol beleid te voeren, afgezet tegen het zeer defensieve beleggingsprofiel;
- (b) door uitsluitend te beleggen in gestructureerde producten die specifieke extra risico's kennen;
- (c) door niet duidelijk te maken in hoeverre deze producten verhandelbaar waren en op welk handelsplatform werd gehandeld;
- (d) door niet aan A mede te delen dat zij een provisie ontving voor het aanbieden van de gestructureerde producten die in de portefeuille werden opgenomen, en door A evenmin, in strijd met artikel 167 onder e Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen, te wijzen op het bestaan van de belangentegenstelling die voortvloeit uit enerzijds het ontvangen van de bedoelde provisie en anderzijds het aankopen van deze gestructureerde notes voor haar cliënten.

3.3 Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

A. *Beoordeling van de ontvankelijkheid*

4.1 Als meest verstrekkend verweer voert Aangeslotene aan dat A niet in haar vordering kan worden ontvangen, gelet op de procedure tegen Aangeslotene die SHG bij de civiele rechter aanhangig heeft gemaakt. Zoals tevoren aan partijen kenbaar gemaakt zal de Commissie dit beroep op niet-ontvankelijkheid eerst beoordelen.

4.2 In het huidige reglement (het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, geldend sinds 1 oktober 2011) zijn artikel 14.1 onder b en artikel 27.1 onder a van belang bij het beoordelen van dit verweer. In deze artikelen wordt bepaald dat een consument die een klacht bij de Commissie indient, niet-ontvankelijk is als zijn klacht reeds aanhangig is bij een rechter. In het oude reglement van de Commissie, geldend tot 1 oktober 2011, was een bepaling met dezelfde strekking opgenomen in artikel 7.1 onder a; gelet daarop kan in het midden blijven of de ontvankelijkheid van A volgens het oude of het nieuwe reglement dient te worden beoordeeld.

4.3 Naar het oordeel van de Commissie is A niet-ontvankelijk volgens de genoemde bepalingen van het oude en huidige reglement. Daartoe is het volgende redengevend.

4.4 Naar de kern genomen gaat het erom of wezenlijke geschilpunten zowel aan de civiele rechter als aan de Commissie ter beoordeling zijn voorgelegd. Naar het oordeel van de Commissie is dat het geval, afgaande op de vordering van A bij de Commissie (zie overweging 3.1 hiervoor), de vordering van SHG bij de rechtbank en in het hoger beroep (zie overweging 2.7 en 2.8 hiervoor) en de grondslagen van deze vorderingen. Aan beide vorderingen wordt immers ten grondslag gelegd dat op Aangeslotene een verplichting rustte tot het verstrekken van informatie over de producten in de beheerportefeuille van A en dat deze verplichting niet is nageleefd. Dit is een rechtsvraag die slechts in samenhang met alle relevante aspecten van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding kan worden beoordeeld, waaronder de aard van de overeenkomst, het voor de portefeuille geldende risicoprofiel en de gemaakte afspraken over de inrichting van de portefeuille. Ook in verband met de eventuele aansprakelijkheid van Aangeslotene voor de te vergoeden schade en het bepalen van de omvang van die schadevergoedingsplicht moeten in beide procedures – althans voor een deel – dezelfde feiten worden beoordeeld, zoals ten aanzien van het causaal verband tussen het eventueel tekortschieten van Aangeslotene en die schade, ook in verband met de periode waarover de schade dient te worden berekend.

4.5 Het voorgaande wordt niet anders door de stelling van A dat de procedure bij de civiele rechter betrekking heeft op de Lehman Notes en de procedure bij de Commissie op de overige effecten in de portefeuille. De in de vorige overweging genoemde geschilpunten lenen zich er niet voor slechts ten aanzien van een deel van de beheerportefeuille te worden beoordeeld.

4.6 De Commissie kan A evenmin volgen in haar stelling dat een afzonderlijke rechtsbetrekking ten aanzien van de Lehman Notes is ontstaan doordat de Lehman Notes vanaf september 2008 zijn ondergebracht in een afzonderlijke portefeuille (aangeduid als 'side pocket'). Uit de vaststaande feiten blijkt immers niet dat partijen afzonderlijke afspraken hebben gemaakt ten aanzien van deze side pocket, in de vorm van een nieuwe beheerovereenkomst of anderszins. Daar komt bij dat de stellingen van A over het tekortschieten van Aangeslotene zich niet beperken tot de periode vanaf september 2008; datzelfde geldt voor de schadevergoeding die A heeft gevorderd, zowel bij de civiele rechter als bij de Commissie.

4.7 A verwijst naar het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 18 juli 2012 (met vindplaats ECLI:NL:RBAMS:2012: BX8774) waarin een vergelijkbaar ontvankelijkheidsverweer van Aangeslotene is afgewezen. Uit dit vonnis blijkt evenwel dat de belegger in die zaak weliswaar een privaatieve last aan SHG had gegeven, maar ook dat SHG nadien had bevestigd dat de overeenkomst tussen haar en de belegger was opgezegd en dat de belegger rechthebbende was tot de in die procedure ingestelde vordering, zodat de belegger naar het oordeel van de rechtbank bevoegd was zijn vordering op Aangeslotene (alsnog) op eigen naam te innen. Die situatie verschilt van de onderhavige zaak, waarin niet is gebleken dat de privaatieve last aan SHG is beëindigd en waarin SHG bij de rechtbank en het gerechtshof ten behoeve van A schadevergoeding heeft gevorderd.

B. *Slotoverwegingen*

4.8 Het voorgaande betekent dat A niet-ontvankelijk is en dat de Commissie niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van haar vordering.

4.9 Gelet op het principiële karakter van de in deze uitspraak beoordeelde standpunten zal de Commissie op de voet van artikel 5.6 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening bepalen dat tegen deze uitspraak hoger beroep openstaat.

5. Beslissing

De Commissie:

- (a) verklaart A niet-ontvankelijk in haar vordering; en
- (b) stelt hoger beroep open tegen deze beslissing bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening.

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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.