

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-269 d.d.

16 juni 2016

(mr. drs. S.F. van Merwijk, voorzitter, J.C. Buiter en drs. L.B. Lauwaars RA, leden en mr. R. de Kruif, secretaris)

Samenvatting

De Commissie is van oordeel dat Consument niet ontvankelijk is in zijn vordering, omdat zijn klacht reeds onderwerp is geweest in een rechterlijke procedure. Consument heeft met zijn klacht over Aangeslotene dezelfde wezenlijke geschilpunten ter beoordeling voorgelegd als in de (mede namens hem) gevoerde procedure tegen Aangeslotene bij de civiele rechter. Anders dan Consument heeft betoogd, lenen de geschilpunten zich er niet voor om slechts ten aanzien van een deel van de (vermogens)beheerportefeuille te worden beoordeeld. De Commissie is dan ook van oordeel dat er onvoldoende aanleiding is om de klacht van Consument, waarvan de wezenlijke geschilpunten getoetst moeten worden aan de hand van (voor een belangrijk deel) hetzelfde feitencomplex dat aan de orde is geweest in een rechterlijke procedure, in behandeling te nemen.

Consument,

tegen

Wijs & Van Oostveen B.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

I. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- aanvullende stukken per e-mailbericht van 22 maart 2016 van Consument;
- aanvullende stukken per e-mailbericht van 24 maart 2016 van Aangeslotene;
- de spreekantekeningen van de gemachtigde van Consument, overgelegd ter zitting;
- de spreekantekeningen van de gemachtigde 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 aanvaardden. Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 24 maart 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. Consument heeft in het voorjaar van 2004 interesse getoond in de Garantie Bonus Notes II zoals aangeboden door Aangeslotene. Op 3 mei 2004 heeft Consument een “Overeenkomst Beleggingsadvies Bijzonder Productassortiment” met Aangeslotene gesloten. Voorafgaand aan het sluiten van deze overeenkomst heeft Consument een “vragenlijst ter vaststelling van uw persoonlijk beleggersprofiel” ingevuld. In de (execution-only) overeenkomst is onder andere het volgende opgenomen:

“1. Dienstverlening aan Cliënt

1.1 Bemiddelaar zal in opdracht van Cliënt voor diens rekening en risico effectentransacties verrichten.(...)

1.4 Op verzoek van Cliënt zal Bemiddelaar hem van advies dienen over specifieke effectentransacties en de toestand op de financiële markten. (...)”

- 2.2. In mei 2004 heeft Aangeslotene in opdracht en op naam van Consument voor een bedrag van circa € 65.000,- Garantie Bonus Notes II aangekocht en in juni 2005 voor een bedrag van circa € 44.000,- Garantie Bonus Notes IV. Tussen 10 oktober 2006 en 5 oktober 2007 heeft Aangeslotene in opdracht en op naam van Consument in totaal 301.000 Garantie Bonus Notes V aangekocht voor een bedrag van € 293.812,-, welke notes op 27 juni 2008 zijn omgezet naar Garantie Bonus Notes IX. Beide notes (V en IX) zijn uitgegeven door Lehman Brothers Treasury Co. B.V. (hierna: LBTC) en gegarandeerd door het Amerikaanse moederbedrijf Lehman Brothers Holdings Inc. Het moederbedrijf Lehman Brothers en LBTC zijn eind 2008 in staat van faillissement geraakt.
- 2.3. Consument heeft zich aangesloten bij Stichting Hulp Gedupeerden (hierna: SHG) die zich ten doel heeft gesteld het behartigen van de belangen van hen die schade hebben geleden als gevolg van de aankoop door Aangeslotene van door LBTC uitgegeven notes en die hun vorderingen jegens Aangeslotene hebben gecedeerd aan SHG.
- 2.4. SHG heeft mede namens Consument (o.b.v. een privaatieve last) tegen Aangeslotene geprocedeerd bij de rechtbank te Amsterdam. In het vonnis d.d. 2 maart 2011 van de rechtbank Amsterdam zijn de vorderingen van SHG afgewezen (Zaaknummer 457918 / HA ZA 10-1449). Uit het vonnis blijkt dat SHG aan haar vorderingen het volgende ten grondslag heeft gelegd:

“[SHG] stelt, kort gezegd, dat [Aangeslotene] onrechtmatig heeft gehandeld door:

- A. te handelen in strijd met de prospectusplicht;*
- B. te handelen in strijd met de regelgeving inzake 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.”*

De rechtbank overweegt in voormeld vonnis ten aanzien van de grondslag onder C. het volgende:

“4.16. De Stichting stelt dat [gedaagde sub 1] heeft gehandeld in strijd met de op haar rustende bijzondere zorgplicht, die volgt uit de artikelen 7:401 BW, 6:248 BW en de relevante bepalingen uit de ten tijde van haar handelen toepasselijke financiële toezicht-wetgeving. [gedaagde sub 1] heeft immers in strijd met het know your customer beginsel de Cedenten financiële producten verkocht en/of geadviseerd die niet passen bij hun beleggingservaring, beleggingsdoelstellingen en risicobereidheid. [gedaagde sub 1] is daar-door ofwel toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van de op haar jegens individuele Cedenten rustende verbintenissen dan wel heeft zij onrechtmatig jegens hen gehandeld, aldus de Stichting.

4.17. De rechtbank stelt vast dat de Stichting aldus schadevergoeding vordert op grond van onrechtmatig handelen dan wel toerekenbaar tekortschieten van [gedaagde sub 1] jegens elk van de ongeveer 260 Cedenten. Dat zijn ongeveer 260 afzonderlijk te beoordelen vorderingen. Om tot toewijzing van elk van die afzonderlijke vorderingen tot schadevergoeding te kunnen komen, dient de rechtbank per Cedent tenminste te kunnen beoordelen of zij in een contractuele relatie tot [gedaagde sub 1] (hebben ge)staan, of [gedaagde sub 1] daarin jegens hen is tekortgeschoten dan wel jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld, of de desbetreffende Cedent diensgevolge schade heeft geleden en of deze schade geheel of gedeeltelijk aan de fout [gedaagde sub 1] kan worden toegerekend.

4.18. Uit de door de Stichting verstrekte gegevens blijkt niet meer dan dat de Cedenten op enig moment een of meer notes hebben gekocht. Onduidelijk blijft welk type dienst-verlening (execution only, advies of vermogensbeheer) tussen de afzonderlijke Cedenten en [gedaagde sub 1] is overeengekomen. Evenmin is duidelijk of in de afzonderlijke gevallen - en zo ja in welke - een cliëntprofiel is opgemaakt, wat daarin is opgenomen en wat de beleggingservaring, de beleggingsdoelstelling en het risicoprofiel van de desbetreffende Cedenten was. Ondanks dat door [gedaagde sub 1] bij antwoord erop is gewezen dat elk van de ongeveer 260 vorderingen tot schadevergoeding individueel onderbouwd zou moeten worden, heeft de Stichting haar stellingen algemeen gehouden, zonder dat deze te herleiden zijn tot feiten en omstandigheden die in een specifiek geval, dan wel steeds voor iedere individuele Cedent een rol hebben gespeeld. Onder deze omstandigheden kan de rechtbank niet vaststellen of, en, zo ja, jegens wie en op welke grond [gedaagde sub 1] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van een of meer op haar rustende verbintenissen dan wel onrechtmatig heeft gehandeld. De rechtbank kan evenmin vaststellen of en, zo ja, hoe en in welke omvang door wie van Cedenten diensgevolge schade is geleden, laat staan dat en waarom zulks geheel of ten dele aan [gedaagde sub 1] zou kunnen worden toegerekend.”

4.19. De slotsom is dat de vorderingen op dit punt niet zodanig zijn toegelicht dat de stellingen van de Stichting, mits bewezen, die vorderingen kunnen dragen. De vorderingen moeten dus worden afgewezen.”

- 2.5. Tegen het vonnis van de rechtbank heeft SHG hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Amsterdam. In de appelprocedure zijn geen grieven ingediend tegen de hiervoor geciteerde overwegingen van de rechtbank. Bij arrest van 14 mei 2013 heeft het gerechtshof het bestreden vonnis bekrachtigd (Zaaknummer 200.093.711-01).
- 2.6. Op 20 juni 2015 heeft Consument bij Kifid zijn klacht over Aangeslotene ingediend. De Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft Consument niet ontvankelijk verklaard.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert van Aangeslotene € 265.273,11 vermeerderd met de wettelijke rente vanaf september/oktober 2008 tot heden.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden door de portefeuille van Consument niet alleen niet conform het beleggingsprofiel in te richten, maar ook door een te risicovol beheer te voeren en Consument onvoldoende dan wel niet te wijzen op de (debiteuren)risico's. Consument voert de volgende argumenten aan:

- De klacht is ontvankelijk omdat de feiten die ten grondslag liggen aan de onderhavige klacht niet zijn beoordeeld door de rechter. De zaak die de rechter heeft behandeld, was veel beperkter. In deze rechtszaak was de vordering van schadevergoeding met name gestoeld op in essentie generieke verzuimen in de voorlichting en informatieverstrekking ten aanzien van gebreken aan het product in plaats van de op individuele basis door Aangeslotene jegens Consument geschonden zorgplichten. Juist op het punt van de zorgplicht heeft de rechtbank de vordering afgewezen (ten aanzien van alle 260 claimanten) omdat er te weinig feitelijk zou zijn gesteld of aangedragen zodat daar geen inhoudelijk oordeel over kon worden gegeven. De rechtsverhouding, de aard van de overeenkomst, het voor de portefeuille geldende risicoprofiel en gemaakte afspraken over de inrichting van de portefeuille zijn alle niet inhoudelijk aan de orde geweest in de gerechtelijke procedure en waren ook geen onderdeel van enige uitgewerkte stelling. Het causaal verband tussen tekortschieten van Aangeslotene en schade is daarbij op een hele andere wijze te beoordelen dan in het geval van onderhavige klacht.
- Ook de bedoeling van het Kifid verzet zich niet tegen ontvankelijkheid van de klacht. Kifid heeft immers ten doel laagdrempelige toegang te verlenen voor Consumenten om te klagen en zo mogelijk schadevergoeding te verkrijgen. In dit geval is er ook geen sprake van om het nogmaals te verkrijgen waar eerder bij de rechter gefaald is. Consument claimt in dit geval schade als gevolg van het handelen van Aangeslotene met betrekking op andersoortige feiten, andersoortig gedrag en andersoortige schade. De rechtszaak had enkel betrekking op het financiële product Lehman Notes. Onderhavige klacht is gebaseerd op een andere grondslag dan de zaak die de rechter heeft behandeld en (mede) namens Consument door Stichting Hulp Gedupeerden (SHG) is gevoerd.
- De verschillende Garantie Bonus Notes (GBN) die door Consument op advies van Aangeslotene zijn gekocht en verkocht, kunnen niet gekwalificeerd worden als passend bij het defensieve profiel van Consument. Daarnaast heeft Aangeslotene Consument niet gewezen op het zeer eenzijdige debiteurenrisico door een dermate groot gedeelte (71,5%) van het te beleggen vermogen in één product (GBN V, later GBN IX) te beleggen. Aangeslotene had een dergelijke omvangrijke positie nooit mogen adviseren en uitvoeren zonder Consument uitdrukkelijk en onomwonden op de risico's te wijzen. Het debiteurenrisico heeft zich voorts door het faillissement van LBTC verwezenlijkt. Als gevolg daarvan heeft Consument aanzienlijke schade geleden.

- Consument is van mening dat zijn schade het directe gevolg is van de agressieve verkoopmethoden van Aangeslotene, het onzorgvuldige door haar verstrekte beleggingsadvies en het onzorgvuldig uitgevoerde vermogensbeheer. Consument acht Aangeslotene geheel aansprakelijk voor zijn schade door hem begroot op € 241.193,11 vermeerderd met een gemiste (coupon)rentevergoeding van € 24.080,- alsmede met de wettelijke rente vanaf respectievelijk 15 september 2008 (hoofdsom) en 15 oktober 2008 (rentecoupon).

3.3. Op de stellingen die Aangeslotene tot verweer heeft opgeworpen, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

4.1. De Commissie is van oordeel dat Consument niet ontvankelijk is in zijn vordering.

4.2. In dit geval is artikel 14 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) (zoals dat gold tot 1 oktober 2014) van toepassing waarin onder andere het volgende is bepaald:

“14.1 Het Klachteninstituut kan een Klacht niet behandelen indien en voor zover: (...)

b) de Klacht reeds aanhangig is bij, of tot een beslissing heeft geleid van, een rechter, een commissie van scheidsmannen, een in dit Reglement genoemde geschillencommissie, of van een daarmee vergelijkbare instantie; (...)”

Ten overvloede wordt opgemerkt dat in het Reglement dat geldt vanaf 1 oktober 2014 in artikel 9.2 onder b dezelfde bepaling is opgenomen. De vraag of Consument wel of niet ontvankelijk is, is dus niet afhankelijk van welk reglement van toepassing is. De strekking van voornoemde bepalingen is dat voorkomen moet worden dat hetzelfde geschil ter beoordeling wordt voorgelegd aan twee verschillende geschilbeslechtende instanties.

4.3. De Commissie acht redengevend voor haar oordeel dat Consument met onderhavige klacht over Aangeslotene dezelfde wezenlijke geschilpunten ter beoordeling heeft voorgelegd als destijds (namens hem door SHG) aan de civiele rechter. Aan beide vorderingen wordt immers –in de kern- ten grondslag gelegd dat Aangeslotene haar informatie- en zorgverplichtingen jegens Consument niet heeft nageleefd en de portefeuille niet conform het overeengekomen beleggersprofiel is ingevuld. Deze rechtsvragen kunnen slechts in samenhang met alle relevante aspecten van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding 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 en de periode waarover de schade dient te worden berekend.

- 4.4. Het voorgaande wordt niet anders door de stelling van Consument dat de procedure bij de civiele rechter alleen betrekking had op het product van de door LBTC uitgegeven GBN en dat daarbij niet is ingegaan op de rechtsverhouding, de aard van de overeenkomst het voor de portefeuille geldende risicoprofiel en gemaakte afspraken over de inrichting van de portefeuille in het specifieke geval van Consument. De in de vorige overweging genoemde geschilpunten lenen zich er immers niet voor slechts ten aanzien van een deel van de portefeuille te worden beoordeeld. De gevorderde schade ziet in het onderhavige geval bovendien ook vrijwel geheel op het waardeverlies van de GBN (IX) als gevolg van het faillissement van LBTC.
- 4.5. Ook de stelling van Consument dat hij ontvankelijk is, omdat uit een uitspraak d.d. 7 oktober 2014 van het Gerechtshof Amsterdam (GHAMS, 2014:4128) -waarbij Aangeslotene ook als partij betrokken was- volgt dat aan de voor wat betreft de vordering van Consument jegens Aangeslotene door SHG gevoerde procedure geen gezag van gewijsde kan worden toegekend, slaagt niet. Dat geval betrof namelijk een door een (rechts)persoon aangespannen zaak waarbij de aan SHG verleende privaatieve last na het vonnis d.d. 2 maart 2011 van de rechtbank Amsterdam was komen te vervallen en SHG derhalve niet meer namens die (rechts)persoon in hoger beroep heeft geprocedeerd. In het onderhavige geval is niet gebleken dat Consument, dan wel SHG namens hem, bij de rechtbank dan wel daarna in hoger beroep bij het Gerechtshof niet de mogelijkheid heeft gehad om zijn stellingen -dat Aangeslotene in strijd met de op haar rustende bijzondere zorgplicht heeft gehandeld- nader te motiveren en te onderbouwen. Daar is kennelijk (bewust) niet voor gekozen. De Commissie is dan ook van oordeel dat er onvoldoende aanleiding is om de klacht van Consument, waarvan de wezenlijke geschilpunten getoetst moeten worden aan de hand van hetzelfde feitencomplex dat aan de orde is geweest in een rechterlijke procedure, in behandeling te nemen.
- 4.6. Hoewel Consument terecht stelt dat het Kifid een laagdrempelig instituut wil zijn voor het behandelen van klachten over financiële dienstverleners, merkt de Commissie op dat dit niet betekent dat zij ook gehouden is om een (klacht)geschil te behandelen dat reeds onderwerp is geweest in een rechterlijke procedure. Laagdrempeligheid wil zeggen dat het voor Consument mogelijk is om zijn geschil op (relatief) eenvoudige wijze voor te leggen aan een geschilbeslechtende instantie en niet dat het een extra mogelijkheid biedt om eerder (al dan niet gedeeltelijk of anders onderbouwd) gevorderde schadevergoeding alsnog te verkrijgen.
- 4.7. De conclusie is derhalve dat de Commissie geen aanleiding ziet om de klacht van Consument inhoudelijk te behandelen.

5. Beslissing

De Commissie verklaart Consument niet ontvankelijk in zijn vordering.

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 <https://www.kifid.nl/consumenten/klacht-voor-1-oktober-2014-bij-kifid-ingediend>.