

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr 2017-300 (mr. E.L.A. van Emden, voorzitter en mr. A.C. de Bie, secretaris)

Klacht ontvangen op : 12 augustus 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : XPSF B.V. h.o.d.n. Wilgenhaege Vermogensbeheer B.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Financieel Dienstverlener
Datum uitspraak : 11 mei 2017
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Klacht ongegrond. De Commissie is van oordeel dat nu de vaststellingsovereenkomst ziet op een geschil over een financiële dienst, de vaststellingsovereenkomst daar zo wezenlijk mee is verbonden, dat in het onderhavige geschil sprake is van een financiële dienst. Ook is geen sprake van verjaring. De klacht kan daarom inhoudelijk behandeld worden. De vaststellingsovereenkomst is rechtsgeldig tot stand gekomen. De Commissie is ten slotte van oordeel dat geen sprake is van wanprestatie voor wat betreft de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Financieel Dienstverlener;
- de repliek van Consument en brief van 26 april 2017.

De Commissie stelt vast dat de Financieel Dienstverlener heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 4 mei 2017 en zijn aldaar verschenen

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Vanaf april 2007 is een deel van het vermogen van Consument door de Financieel Dienstverlener beheerd. Er is daarop een geschil gerezen tussen Consument en de Financieel Dienstverlener over het gevoerde vermogensbeheer. Vervolgens hebben partijen op 17 en 18 februari 2011 een vaststellingsovereenkomst ondertekend.
- 2.2 De vaststellingsovereenkomst vermeldt, voor zover relevant, het volgende:

(...)

- a. *Dat partij 2 vanaf 2 april 2007 een deel van zijn vermogen heeft ondergebracht bij Wilgenhaege, welk vermogen door Wilgenhaege is beheerd.*

- b. *Dat tussen Partijen een geschil is gerezen ten aanzien van het door Wilgenhaege gevoerde vermogensbeheer en de door haar daarvoor in rekening gebrachte bedragen;*
- c. *Dat Wilgenhaege uit coulanceoverwegingen een voorstel heeft gedaan om (een gedeelte van) de door haar van Partij 2 ontvangen vergoeding terug te betalen aan partij 2 ter beëindiging van het geschil, welk voorstel door partij 2 is geaccepteerd;*

KOMEN HET VOLGENDE OVEREEN

Vergoeding

Wilgenhaege zal tot 15 februari 2016 een garantie op de waarde van de beleggingen in Stedekroon en Propertunity NL in depot 252640 per 31 januari 2011 (325 stuks Propertunity NL ter waarde van €24.875,50 en 287 stuks Wilgenhaege Stedekroon ter waarde van €15.905,54) bieden ter tegemoetkoming in een gedeelte van de door haar in het verleden in rekening gebrachte kosten van het beheer. In het geval dat de waarde van de beleggingen inclusief dividend per 15 februari 2016 lager is, dan vult Wilgenhaege dit éénmalig aan tot aan de koerswaarde van 31 januari 2011; In het geval de waarde per 15 februari 2016 hoger is, valt dit geheel aan [naam Consument] toe.

Daarnaast biedt Wilgenhaege een garantiedividend van 6% per jaar. Dit zal per kwartaal worden uitbetaald. Dus per kwartaal zal 1,5% uitgekeerd worden op depot 252640. Dit garantiedividend is gebaseerd op de koers van 31 januari 2011; Deze uitkering zal worden verrekend met het feitelijke dividend.

Finale kwijting

Partijen verlenen elkaar hierbij over en weer finale kwijting.

(...)

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert €500.000,- plus wettelijke rente vanaf 13 april 2017, minus alle bedragen die tussentijds terug zijn ontvangen (inclusief wettelijke rente vanaf die data).

Grondslagen en argumenten daarvoor

Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Consument wordt hiermee in de situatie gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij nooit met de Financieel Dienstverlener in zee was gegaan, wat gerechtvaardigd is nu deze vanaf het begin af aan buitengewoon onzorgvuldig met Consument zijn vermogen is omgesprongen en van het begin af aan wanprestatie heeft gepleegd. De vaststellingsovereenkomst die is gesloten, is met een beroep op dwaling als bedoeld in art. 2:228 BW vernietigbaar. Subsidiair is nooit een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen, nu geen sprake is van wilsovereenstemming met betrekking tot de inhoud.

Daarnaast heeft Consument aan de Financieel Dienstverlener indertijd €500.000,- toevertrouwd. Daarmee is een overeenkomst gesloten waaruit voor de Financieel Dienstverlener een zorgplicht voortvloeide.

De Financieel Dienstverlener heeft voorts wanprestatie gepleegd. De redenen hiervoor heeft Consument gemotiveerd uiteengezet in zijn klachtformulier.

Verweer van de Financieel Dienstverlener

3.2 De Financieel Dienstverlener heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Behandelbaarheid

- 4.1 De Financieel Dienstverlener stelt zich op het standpunt dat de klacht die ziet op een vaststellingsovereenkomst, geen financiële dienst is. De Commissie is van oordeel dat nu de vaststellingsovereenkomst ziet op een geschil over een financiële dienst, de vaststellingsovereenkomst daar zo wezenlijk mee is verbonden, dat in het onderhavige geschil sprake is van een financiële dienst als in art. I van het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (hierna: 'Reglement').
- 4.2 De Financieel Dienstverlener is voorts van oordeel dat de klacht niet-behandelbaar is, omdat zij niet (meer) is aangesloten bij Kifid en dus geen Aangeslotene is als in art. I van het Reglement. De Commissie volgt met verwijzing naar art. 60.I van het Reglement de stelling van de Financieel Dienstverlener niet. De aansluiting van de Financieel Dienstverlener is pas op 1 januari 2015 geëindigd, waardoor de klacht - die betrekking heeft op een handelen van de Financieel Dienstverlener ten tijde van zijn aansluiting - door nawerking behandelbaar is.
- 4.3 De Financieel Dienstverlener beroept zich ten slotte op verjaring. Dit beroep ziet, kort gezegd, op het feit dat het aan Consument pas vijf jaar na het afsluiten van de vaststellingsovereenkomst is gebleken dat de vaststellingsovereenkomst niet rechtsgeldig tot stand is gekomen, vernietigbaar is dan wel dat er wanprestatie is gepleegd. Consument is deze mening toegedaan naar aanleiding van het geldbedrag dat de Financieel Dienstverlener begin 2016 aan Consument heeft uitgekeerd. De Commissie is daarom van oordeel dat als begin van de verjaringstermijn heeft te gelden begin 2016 en niet het moment dat de vaststellingsovereenkomst is ondertekend. Het beroep op verjaring slaagt derhalve niet.

Totstandkoming vaststellingsovereenkomst

- 4.4 De Commissie stelt voorop dat een vaststellingsovereenkomst een overeenkomst is die strekt ter beëindiging of ter voorkoming van een onzekerheid of geschil. Een dergelijke overeenkomst is gericht op het verkrijgen van zekerheid en het voorkomen van onzekerheid. Voorkomen moet worden dat ook over die vaststellingsovereenkomst spoedig een geschil kan ontstaan. De Commissie zal bij zijn beoordeling daar dan ook rekening mee houden.
- 4.5 Consument stelt dat er bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst geen sprake was van wilsovereenstemming en dat deze daarom niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. Deze stelling van Consument volgt de Commissie niet.

Partijen hebben op 17 en 18 februari 2007 schriftelijk verklaard dat overeen is gekomen dat er onder voorwaarden finale kwijting over en weer is verleend, wat op grond van art. 157 lid 2 Rv heeft te gelden als dwingend bewijs van de waarheid van die verklaring. Nu de stelling dat de wil van Consument niet overeenkwam met deze verklaring op geen enkele wijze is onderbouwd, gaat de Commissie derhalve op grond van art. 150 Rv hieraan voorbij.

- 4.6 Daarnaast doet Consument een beroep op dwaling. De Commissie overweegt allereerst dat wie een overeenkomst aangaat, moet voorkomen dat hij de overeenkomst aangaat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. Hij heeft met andere woorden een onderzoeksplicht. Van iemand mag verwacht worden dat hij op zijn minst de overeenkomst doorneemt en bij onduidelijkheden dit tijdig kenbaar maakt, dan wel hier advies bij een derde over inwint.
- 4.7 Op grond van art. 6:228 lid 2 BW kan dwaling voor rekening komen van de dwalende indien deze niet aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. Uit de considerans van de vaststellingsovereenkomst, meer specifiek considerans sub b, blijkt duidelijk dat de vaststellingsovereenkomst zag op een geschil dat was gerezen tussen Consument en de Financieel Dienstverlener ten aanzien van het door de Financieel Dienstverlener gevoerde vermogensbeheer. Over de bedoeling van de vaststellingsovereenkomst kan naar het oordeel van de Commissie geen misverstand bestaan. De overeenkomst kan niet anders gelezen worden dan dat er blijkbaar een geschil was naar aanleiding van het door de Financieel Dienstverlener gevoerde vermogensbeheer in de ruimste zin van het woord, maar partijen hebben dat geschil door ondertekening van de vaststellingsovereenkomst willen oplossen. Indien dit voor Consument onduidelijk was, had het op zijn weg gelegen zich, al dan niet met behulp van anderen, moeten proberen de strekking van de vaststellingsovereenkomst wel te begrijpen. Eventuele gevolgen van dit nalaten blijven op grond van art. 6:228 lid 2 BW voor rekening van Consument. Het beroep op dwaling slaagt daarom niet.
- 4.8 Ter zitting heeft Consument nog aangevoerd dat er geen sprake kan zijn van finale kwijting, omdat hij nog klant is van de Financieel Dienstverlener. Deze stelling kan echter niet leiden tot een ander oordeel. Afgezien dat het de Commissie ontgaat waarom partijen elkaar geen finale kwijting over en weer zouden kunnen verlenen voor een geschil uit het verleden, om vervolgens de klantrelatie voort te zetten, laat de tekst van de vaststellingsovereenkomst geen discussie mogelijk, nu daar overduidelijk staat: 'Partijen verlenen elkaar hierbij over en weer finale kwijting'.

Uitvoering vaststellingsovereenkomst

- 4.9 Ter zitting heeft Consument aangevoerd dat ook een beroep wordt gedaan op wanprestatie voor wat betreft de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst. Uit de wederzijdse standpunten volgt dat partijen twisten over de hoogte van de vergoeding waar Consument recht op heeft op grond van de vaststellingsovereenkomst.
- 4.10 Consument stelt zich op het standpunt dat is overeengekomen dat de waarde van de beleggingen van Consument in Stedekroon en Propertunity NL in depot 252640 wordt gegarandeerd tot aan de koerswaarde van 31 januari 2011 van deze beleggingen.

Naast deze garantiewaarde komt Consument een garantiedividend van 6% per jaar over deze beleggingen toe.

- 4.11 De Financieel Dienstverlener stelt dat is overeengekomen dat de waarde van de beleggingen van Consument in Stedekroon en Propertunity NL in depot 252640, inclusief de dividenden, wordt gegarandeerd tot aan de koerswaarde van 31 januari 2011.
- 4.12 Ter beantwoording van de vraag welke opvatting juist is, komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mochten toekennen aan die vaststellingsovereenkomst en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.
- 4.13 Partijen hebben geen stukken overlegd waaruit blijkt wat partijen ten tijde van het aangaan van de vaststellingsovereenkomst hebben bedoeld. Naar het oordeel van de Commissie is de tekst grammaticaal niet glashelder. Weliswaar staat in de vaststellingsovereenkomst: 'in het geval de waarde van de beleggingen inclusief dividend per 15 februari 2016 lager is, dan vult Wilgenhaege dit éénmalig aan tot aan de koerswaarde van 31 januari 2011' (onderstreepte toegevoegd door Commissie), maar nu verderop in de vaststellingsovereenkomst staat dat Consument *daarnaast* een garantiedividend ontvangt, is er ruimte voor discussie.
- 4.14 Ter zitting heeft de Financieel Dienstverlener toegelicht waarom er in de vaststellingsovereenkomst een aparte passage met een garantiedividend is opgenomen. Deze zou er namelijk voor zorgen dat Consument een stabiele inkomensstroom zou verkrijgen en dus gezien moeten worden als een vooruitbetaling van de gegarandeerde uitkering waar Consument op grond van de vaststellingsovereenkomst recht op zou hebben.
- 4.15 De Commissie acht de uitleg van de Financieel Dienstverlener aannemelijk. De uitleg van Consument zou neerkomen op een vergoeding bovenop de gegarandeerde uitkering waar Consument recht op had. Deze dubbele vergoeding komt de Commissie niet aannemelijk voor. Zou dit namelijk de bedoeling van partijen geweest zijn, dan had het meer voor de hand gelegen om dit als een cumulatieve opsomming in de vaststellingsovereenkomst op te nemen.
- 4.16 Nu het standpunt van de Financieel dienstverlener als uitgangspunt heeft te gelden bij de uitleg van de vaststellingsovereenkomst, volgt de Commissie ook het beroep op wanprestatie voor wat de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst betreft niet.

Risicoprofiel

- 4.17 Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat Consument, zou zijn beroep op het niet tot stand komen van de vaststellingsovereenkomst c.q. vernietiging hiervan slagen, heeft gesteld dat er sprake was van wanprestatie voor wat het vermogensbeheer van de Financieel Dienstverlener betreft. Ter zitting heeft Consument aangevoerd dat deze wanprestatie onder meer is gebaseerd op het gegeven dat zijn vermogen is belegd overeenkomstig risicoprofiel II, terwijl Consument volgens de risicoprofiel-formulieren in risicoprofiel I thuishoorde. Het meest zwaarwegende argument van Consument was erin gelegen dat was belegd in onroerend goed en dit volgens hem niet passend zou zijn.

- 4.18 Veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat Consument thuishoorde in risicoprofiel I, heeft hij geen stukken kunnen overleggen waaruit blijkt dat de beleggingen in onroerend goed dan niet passend zouden zijn geweest. Ook het argument dat zijn vermogen nu vastzit omdat Consument niet dan wel moeilijk uit de onderhavige onroerend goed beleggingen kan stappen, is onvoldoende om aan te nemen dat deze beleggingen niet passend zouden zijn.
- 4.19 De Commissie begrijpt de teleurstelling voor wat de tegenvallende resultaten van de beleggingen betreft van Consument goed en snapt de frustratie van Consument dat het vermogen dat is belegd in onroerend goed op dit moment niet liquide gemaakt kan worden. Echter tot een ander oordeel kan dit niet leiden. De klacht van Consument is daarom ongegrond en zijn vordering wordt afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.