Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-023 d.d. 15 januari 2015 (mr. J. Wortel, voorzitter, mr. drs. R. Knopper en prof. drs. A.D. Bac RA, leden en mr. S. van der Hoorn, secretaris)

Samenvatting

Consument stelt dat Aangeslotene als depotbank aansprakelijk is voor de schade die hij lijdt ten gevolge van het faillissement van de vermogensbeheerder. Naar het oordeel van de Commissie is dit niet komen vast te staan. De vordering wordt afgewezen.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap Theodoor Gilissen Bankiers N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de klachtbrief van Consument met bijlagen van 21 juli 2014 en het ondertekende vragenformulier van 10 augustus 2014;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

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 hoorzitting op 4 december 2014 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.
2.1. Consument heeft vermogen in beheer gegeven een vermogensbeheerder.
2.2. Op 8 december 2006 heeft Consument een overeenkomst gesloten met Aangeslotene en de vermogensbeheerder waarbij Aangeslotene als krachtens de Wet toezicht kredietwezen geregistreerde instelling op zich nam gelden en fondsen van Consument te bewaren en de door de vermogensbeheerder en/of Consument opgedragen transacties uit te voeren.
2.3. Deze overeenkomst (hierna: de tripartite overeenkomst) houdt in dat Aangeslotene uitsluitend zal optreden als (kort gezegd) depotbank, dat zij Consument niet van advies zal dienen, en dat zij geen enkele aansprakelijkheid zal dragen voor het optreden van de vermogensbeheerder.
2.4. Desgevraagd heeft Aangeslotene op 18 december 2008 Consument een krediet van € 280.000 geoffreerd, aan te wenden voor de aankoop van een perceel grond en onder voorwaarde van hypotheken als zekerheid.

2.5. Wegens aanhoudende verliezen heeft het bestuur van de vermogensbeheerder besloten de activiteiten als vermogensbeheerder te beëindigen. De aan de vermogensbeheerder verstrekte vergunningen tot (onder meer) optreden als vermogensbeheerder heeft de Autoriteit Financiële Markten in de maand april 2012,op verzoek van de vennootschap, ingetrokken. In de maand augustus 2012 is de vermogensbeheerder, op eigen aangifte, failliet verklaard.

3. Vordering en verweer

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene hem de schade ten gevolge van het faillissement van de vermogensbeheerder zal vergoeden.
Daartoe stelt Consument dat Aangeslotene als depotbank om de volgende redenen aansprakelijk is voor de gevolgen van het optreden van de vermogensbeheerder:
(i) Aangeslotene had door de 'kick back' die zij voor zichzelf had bedongen, een eigen belang bij het uitvoeren van zoveel mogelijk effectentransacties in de portefeuille ten name van Consument; indien Consument zich er tevoren van bewust was geweest dat Aangeslotene zich op deze wijze liet belonen, zou hij het door de vermogensbeheerder aangeboden vermogensbeheer met Aangeslotene als depotbank niet hebben geaccepteerd.
(ii) Aangeslotene heeft eraan meegewerkt dat de vermogensbeheerder met de samengevoegde gelden van haar opdrachtgevers beleggingen van aanzienlijke omvang deed die vervolgens werden 'opgeknipt' door fracties van die beleggingen aan de individuele portefeuilles van de opdrachtgevers toe te schrijven; zodoende heeft Aangeslotene toegelaten dat voor rekening van de opdrachtgevers van de vermogensbeheerder is geparticipeerd in beleggingen die reeds door de omvang van de participaties moeten worden beschouwd als uitsluitend bestemd voor professionele marktpartijen.
(iii) Aangeslotene heeft Consument een overbruggingskrediet verleend terwijl zij behoorde te beseffen dat diens bij de vermogensbeheerder in beheer gegeven vermogen ernstig in gevaar was.
(iv) Aangeslotene was in haar verhouding tussen rekeninghouders zoals Consument enerzijds, en de vermogensbeheerder anderzijds, gehouden een zekere mate van toezicht uit te oefenen op de wijze waarop de vermogensbeheerder haar taak vervulde.
(v) Aangeslotene had zeker vanaf 1 januari 2011, toen Scorevalue als vermogensbeheerder ging optreden, moeten nagaan of de vermogensbeheerder haar taken nog wel naar behoren vervulde en nog aan haar verplichtingen jegens opdrachtgevers kon voldoen.
3.2. Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Voor zover nodig zal de Commissie daar in het hiernavolgende op ingaan.

4. Beoordeling

4.1 Als "incident voor alle weren" betoogt Aangeslotene dat Consument in zijn vordering niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, aangezien elke aansprakelijkheid van Aangeslotene ter zake van het optreden van de vermogensbeheerder in de tripartite overeenkomst is uitgesloten. De Commissie verwerpt dit betoog omdat de door Consument geuite klachten aldus begrepen kunnen worden dat hij aansprakelijkheid van Aangeslotene wil verbinden aan haar eigen handelen en nalaten.

4.2. De bij 3.1(i) samengevatte stelling kan niet tot toewijzing van de vordering leiden, omdat Consument slechts veronderstellenderwijs en zonder nadere onderbouwing ervan uitgaat dat er

bij het vermogensbeheer meer of andere transacties ten laste van het in beheer genomen vermogen zijn uitgevoerd dan met de overeengekomen uitgangspunten van het beheer verenigbaar is. Bovendien doet Aangeslotene beroep op de 'Tripartiete voorwaarden Theodoor Gilissen Bankiers N.V. en Zelfstandige Beleggingsondernemingen', waarin met zoveel woorden is vermeld dat Aangeslotene de vermogensbeheerder aanbrengvergoedingen kon toekennen, gerelateerd aan de hoogte van saldi of aan de aard en omvang van transacties. Consument heeft niet bestreden dat deze (algemene) voorwaarden hem tijdig ter hand zijn gesteld.

4.3. Anders dan Consument kennelijk aanneemt, brengt de omstandigheid dat een belegging in zodanig grote participaties wordt aangeboden dat particuliere beleggers zoals Consument (vermoedelijk) niet over de middelen beschikken om die belegging zelfstandig te doen, niet zonder meer mee dat die belegging ongeschikt is om door een vermogensbeheerder in fracties te worden verdeeld over de portefeuilles van zijn opdrachtgevers. De in algemene bewoordingen gestelde omstandigheid dat dergelijke beleggingen uittredingsbeperkingen kennen en tot illiquiditeit van de portefeuille van Consument hebben geleid, is onvoldoende om zulke ongeschiktheid aan te nemen. Ook overigens is gesteld noch gebleken dat aan bepaalde door de vermogensbeheerder gepleegde beleggingen zodanige risico's waren verbonden dat het Aangeslotene duidelijk moet zijn geweest dat de vermogensbeheerder de grenzen van het haar gegeven beheersmandaat overschreed. Ook de bij 3.1(ii) samengevatte stelling kan de vordering derhalve niet doen slagen.

4.4. Aangeslotene heeft onweersproken gesteld dat Consument een krediet verzocht met het oog op de aankoop van een stuk grond en dat Aangeslotene bij het behandelen van die kredietaanvraag over voldoende gegevens beschikte om vast te stellen dat Consument de daaraan verbonden lasten kon dragen en toereikende zekerheid kon stellen. Consument betwist niet dat aflossing van het krediet mogelijk was zonder het bij de vermogensbeheerder in beheer gegeven vermogen aan te spreken. Overigens heeft Consument niets concreets gesteld aangaande de samenhang tussen zijn kredietaanvraag en de waarde van zijn door de vermogensbeheerder beheerde vermogen op dat moment. Kennelijk neemt Consument aan dat Aangeslotene niettemin gehouden was hem uit eigen beweging erop te wijzen dat de ontwikkelingen bij de vermogensbeheerder van dien aard waren dat Consument over minder middelen kon blijken te beschikken dan hijzelf veronderstelde. Daargelaten of Aangeslotene inderdaad over deze wetenschap beschikte – Consument heeft dat ook na betwisting niet concreet onderbouwd – is dat uitgangspunt onjuist. De bij 3.1(iii) samengevatte stelling gaat dus niet op.

4.5. De vermogensbeheerder beschikte over de voor vermogensbeheer benodigde vergunning van de wettelijk aangewezen toezichthouder. Kennelijk is bij Consument de indruk ontstaan dat na 1 januari 2011 Scorevalue als zelfstandige entiteit (en dus als een andere vermogensbeheerder) is gaan optreden. Vaststaat evenwel dat de vermogensbeheerder zich ook voordien van de handelsnaam Scorevalue bediende, dat zij haar bedrijvigheid in dezelfde rechtsvorm heeft voortgezet totdat haar bestuur besloot de activiteiten te staken, en dat de voor die activiteiten vereiste vergunning eerst in april 2012 op verzoek van de vennootschap is ingetrokken. Aangeslotene kon ervan uitgaan dat de wettelijk aangewezen toezichthouder erop zou toezien dat de vermogensbeheerder zich aan de vergunningsvoorwaarden en (ook overigens) aan toepasselijke wettelijke voorschriften zou houden. Reeds daarom kunnen de bij 3.1(iv) en (v) samengevatte stellingen geen doel treffen.

4.6. De slotsom is dat de vordering moet worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht-1/4#stappen-plan.