Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 294 d.d. 25 oktober 2011
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mevrouw mr. M.B.S. Brinkman, secretaris)

Samenvatting

De Commissie stelt vast dat Aangeslotene in dit geschil gekwalificeerd dient te worden als bewaarder in de zin van artikel 1:1 Wft. Bewaarneming is geen financiële dienst die is opgenomen in artikel 1:1 Wft bij de definitie van 'financiële dienst'. De Commissie oordeelt, nu evenmin sprake is van een betaaldienst of een financieel product, dat de klacht van Consument niet ontvankelijk is.

1. 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 met bijlagen, ontvangen 7 januari 2010;
- de aanvulling op het verzoek d.d. 5 november 2010;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 18 november 2010;
- de repliek van Consument d.d. 30 november 2010;
- de aanvulling op de repliek van Consument d.d. 9 december 2010;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 25 februari 2011;
- de ontvankelijkheidexceptie van Aangeslotene op 8 april 2011;
- het antwoord op de ontvankelijkheidexceptie van Consument van 29 juni 2011.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.
De Commissie heeft vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.
De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 28 september 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Op of omstreeks 23 februari 2006 heeft Consument, via zijn vermogensbeheerder X, 877,90 aandelen [verder de Aandelen] gekocht van het fonds Auriga International Euro, verder te noemen A. Dit fonds belegde indirect, via een aantal investeringsvehikels, in stukken van Bernhard L. Madoff Securities LLC, verder te noemen B. Op of omstreeks 1 oktober 2008 heeft Consument 194,90 van de Aandelen verkocht.

2.2 Aangeslotene oefent via een dochterbedrijf onder meer het bewaarbedrijf voor financiële instrumenten uit. In deze functie bewaarde Aangeslotene de Aandelen voor Consument.

2.3 Op of omstreeks 11 december 2008 is B failliet verklaard. Consument had op dat moment 683,00 aandelen in het fonds A. De Aandelen werden naar aanleiding van het faillissement van B vrijwel waardeloos.

2.4 Consument heeft geprobeerd om een vordering in te stellen bij de curator in het faillissement van B. De vordering van Consument is in eerste instantie afgewezen omdat Consument geen directe vordering heeft op B.

2.5 Consument heeft A verzocht namens hem zijn claim geldend te maken jegens B. A heeft Consument verwezen naar Aangeslotene. Aangeslotene heeft Consument op diens verzoek de aankoopnota's van de Aandelen toegezonden, maar afgezien van verdere activiteiten.

3. Geschil

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag ad € 74.166,97, zijnde de waarde van de aandelen voordat deze naar nul werden afgewaardeerd in verband met het faillissement van B.

3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

- De Aandelen staan op naam van Aangeslotene en niet op naam van Consument, zodat Consument niet bekend is als aandeelhouder bij de curator van B.
- Consument is niet zelfstandig in staat om zijn nadeel te claimen bij de curator van B. Hiertoe is Aangeslotene wel in staat.
- Aangeslotene dient op te komen voor de belangen van de gedupeerden in het faillissement van B.
- Nu Aangeslotene nalaat om een claim namens Consument bij de curator van B in te dienen, schiet zij tekort in haar zorgplicht jegens Consument.

3.3. Aangeslotene heeft de ontvankelijkheid van de Commissie in deze zaak betwist en heeft verder inhoudelijk gemotiveerd verweer gevoerd. De door partijen betrokken stellingen worden in het hiernavolgende voor zover nodig besproken.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde en hetgeen door hen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht, overweegt de Commissie als volgt.

4.1.1 Allereerst zal de Commissie een oordeel geven over het door Aangeslotene gedane beroep op niet-ontvankelijkheid van de klager. Op basis van artikel 1 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder het Reglement) wordt onder een Geschil het volgende verstaan:
Elke blijk van onvrede inzake betaaldiensten, financiële producten of financiële dienstverlening, tussen een Consument en een of meer Aangeslotene(n), die na interne klachtbehandeling door

de Aangeslotene(n) niet tot tevredenheid van de Consument is weggenomen. Onder geschil wordt tevens verstaan een Privacygeschil of een geschil over het gebruik van 0900-nummers.

4.1.2 Onder een financiële dienst verstaat het Reglement het volgende:
Een financiële dienst als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht. Onder het begrip financiële dienst zal verder worden verstaan de overeenkomst van levensverzekering met pensioenclausule.

4.1.3 De Commissie stelt vast dat Aangeslotene in dit geschil gekwalificeerd dient te worden als bewaarder in de zin van artikel 1:1 Wft. Bewaarneming is geen financiële dienst die is opgenomen in artikel 1:1 Wft bij de definitie van 'financiële dienst'. De Commissie oordeelt, nu evenmin sprake is van een betaaldienst of een financieel product, dat de klacht van Consument niet ontvankelijk is.

4.2 Ten overvloede merkt de Commissie op dat, ware Consument wel ontvankelijk geweest, de klacht van Consument ongegrond is. De Commissie constateert, naar aanleiding van hetgeen partijen op de zitting hebben gesteld, dat beleggingsfonds A via een masterfonds belegde in stukken van B. Aangeslotene bewaarde de participaties van Consument in beleggingsfonds A. Gelet op deze constructie komt de Commissie tot de conclusie dat geen sprake is van een directe relatie tussen Aangeslotene en B. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene, net zo min als Consument, gekwalificeerd kan worden als aandeelhouder van B.
Verder is Aangeslotene in dit geschil te kwalificeren als bewaarder in de zin van art. 1:1 Wft. Op een bewaarder rust een zorgplicht maar deze zorgplicht gaat naar het oordeel van de Commissie niet zo ver dat op Aangeslotene een plicht rust om een claim in te dienen bij de curator in het faillissement van B. Een dergelijke handeling ligt naar het oordeel van de Commissie te ver af van de redelijk beperkte taak van het bewaren van aandelen. De Commissie stelt vast dat derhalve geen sprake is van een schending van haar zorgplicht door Aangeslotene.

5. Beslissing

De Commissie verklaart, als bindend advies, de vordering niet-ontvankelijk.

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.