Beslissing Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-133 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 zij 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.

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, ontvangen op 6 mei 2011;
- de brief van Consument van 2 augustus 2011;
- de e-mail van Consument van 25 oktober 2011;
- de brief van Aangeslotene van 2 december 2011;
- de brief van Consument van 27 december 2011;
- de brief van Aangeslotene van 5 maart 2012;
- de brieven van de secretaris van de Commissie aan partijen van 7 maart 2012;
- de brief van Aangeslotene van 3 april 2012;
- de brief van de voorzitter van de Commissie aan Aangeslotene van 27 juni 2012;
- het aanvullend verweerschrift van 31 augustus 2012;
- de repliek van Consument van 15 oktober 2012;
- de dupliek van Aangeslotene van 29 november 2012; en
- de spreekaantekeningen 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 februari 2007 is een overeenkomst van vermogensbeheer ondertekend door Consument en Aangeslotene. Afgesproken is onder meer dat het vermogen zou worden

belegd in gestructureerde obligaties en dat voor de beheerportefeuille een beperkt offensief profiel zou gelden

2.2 Consument heeft aan Aangeslotene een bedrag van ongeveer € 170.000 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 of omstreeks 30 juni 2009, heeft Consument een overeenkomst gesloten met Stichting Hulp Gedupeerden (hierna: SHG). Daarin staat onder meer:

> "De Stichting Hulp Gedupeerden (…), hierna te noemen: de Stichting; en
> (…) Y (…), 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 B 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 1 – Lastgeving
> 1.1 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.)
> 1.2 De in artikel 1.1 (…) 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 1 Burgerlijk Wetboek. (…)"

2.4 Op 22 december 2009 heeft de toenmalige advocaat van Consument Aangeslotene aansprakelijk gesteld voor de schade die Consument heeft geleden als gevolg van aanzienlijke koersverliezen.

2.5 Op 29 november 2010 heeft Consument bij de Ombudsman een klacht ingediend over het beheer van Aangeslotene. Enige tijd later, op 11 februari 2011, heeft SHG Aangeslotene gedagvaard in een civiele procedure bij de rechtbank Amsterdam. De vordering van SHG in deze procedure luidt na eiswijziging als volgt:

> "PRIMAIR:
> 1) (naam Aangeslotene B.V.) te veroordelen tot betaling van een bedrag van EUR 5.302.883,19, althans een door Uw Rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente daarover (…); en
> 2) [namen bestuurders en aandeelhouder van (naam Aangeslotene B.V.) hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de Stichting Hulp Gedupeerden van de op grond van de onder (1) en (8) toegewezen bedragen, voor zover de Stichting Hulp Gedupeerden deze bedragen niet kan incasseren bij (naam Aangeslotene B.V.);
>
> SUBSIDIAIR
> in het geval Uw Rechtbank het primair onder (1) gevorderde volledig afwijst;
> 3) te verklaren voor recht dat (naam Aangeslotene B.V.) onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Cedenten op grond van haar handelen en/of nalaten zoals omschreven in de inleidende dagvaarding en de conclusie van repliek en dat (naam Aangeslotene B.V.) de

schade die het geval is van dat onrechtmatig handelen en/of nalaten, dient te vergoeden, deze schade nader op te maken bij staat; en

4) [namen bestuurders en aandeelhouder van (naam Aangeslotene B.V.) hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de Stichting Hulp Gedupeerden van die nader bij staat op te maken schade en het onder 8 toegewezen bedrag, voor zover de Stichting Hulp Gedupeerden deze bedragen niet kan incasseren bij (naam Aangeslotene B.V.);

MEER SUBSIDIAIR

in het geval Uw Rechtbank het primair onder (1) en subsidiair onder (3) gevorderde volledig afwijst;

5) te verklaren voor recht dat (naam Aangeslotene B.V.) onrechtmatig heeft gehandeld c.q. misleidende mededelingen heeft gedaan of openbaar gemaakt in de zin van artikel 6:194 (oud) BW jegens de Cedenten die de in de dagvaarding (paragraaf 22) vermelde Notes hebben gekocht of doen kopen op grond van haar handelen en/of nalaten zoals omschreven in de dagvaarding en bij conclusie van repliek (…)."

2.6 Consument 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 (…) Y (…) (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 privatieve 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 privatieve last uitsluitend ziet op de vorderingen ten aanzien van de Lehman Notes. De privatieve last ziet niet op Notes van andere uitgevende instellingen die via (naam Aangeslotene) zijn aangekocht. (…)"

2.7 In de hiervoor genoemde procedure van SHG heeft de rechtbank Amsterdam de vordering van SHG afgewezen. SHG heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.

2.8 In de klachtprocedure bij de Ombudsman is bij brief van 18 februari 2011 aan partijen bericht dat de klacht niet in behandeling kan worden genomen. In deze brief overweegt de Ombudsman dat bij de civiele rechter een procedure tegen Aangeslotene aanhangig is gemaakt, die eveneens betrekking heeft op het beheer van de portefeuille van Consument, 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 bezien.

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 Consument heeft daarop gereageerd, waarna de secretaris in zijn brief van 7 maart 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 27 juni 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 Consument 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. Consument vordert primair dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van het koersverlies op de portefeuille als geheel; wegens de omvang van de geleden verliezen acht zij een schadevergoeding tussen € 57.500 en € 60.000 redelijk. Voor zover deze primaire vordering niet toewijsbaar zou zijn, vordert zij subsidiair vergoeding van het verlies op de effecten in haar portefeuille met uitzondering van de Lehman Notes. Verder vordert zij vergoeding van gederfde rente vanaf oktober 2008 en kosten van rechtsbijstand ad € 3.000.

3.2 Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene jegens haar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen als vermogensbeheerder:

(a) door uitsluitend te beleggen in gestructureerde producten die specifieke extra risico's kennen;
(b) door niet adequaat in te grijpen toen de verliezen zich begonnen te manifesteren;
(c) door een aanzienlijk deel van het vermogen in Lehman Notes te beleggen;
(d) door niet duidelijk te maken in hoeverre de aangekochte beleggingen verhandelbaar waren en op welk handelsplatform daarin werd gehandeld; en
(e) door in strijd met uitvoeringswetgeving van de Wet op het financieel toezicht niet aan Consument mede te delen dat zij een provisie ontving voor het aanbieden van de gestructureerde producten die in de portefeuille werden opgenomen, en door evenmin te wijzen op de belangentegenstelling die daaruit kan voortvloeien.

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 Consument 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 Consument volgens het oude of het nieuwe reglement dient te worden beoordeeld.

4.3 Naar het oordeel van de Commissie is Consument 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 Consument bij de Commissie, de vordering van SHG bij de rechtbank en de grondslagen van deze vorderingen (zie overweging 2.5, 3.1 en 3.2 hiervoor). 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 Consument 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 Consument dat de procedure bij de civiele rechter alleen betrekking heeft op de Lehman Notes en zij ermee akkoord gaat dat de Commissie bij het beoordelen van haar klacht de Lehman Notes buiten beschouwing zou laten. De in de vorige overweging genoemde geschilpunten lenen zich er immers niet voor slechts ten aanzien van een deel van de beheerportefeuille te worden beoordeeld.
B. Slotoverwegingen
4.6 Het voorgaande betekent dat Consument niet-ontvankelijk is en dat de Commissie niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van haar vordering.
4.7 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 Consument 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.