Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-073
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 9 juli 2019
Ingediend door	: Consument
Tegen	: BinckBank N.V., gevestigd in Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum	: 27 januari 2020
Aard uitspraak	: Beslissing over behandelbaarheid

Samenvatting

Partijen hebben eerder een vaststellingsovereenkomst gesloten. De klacht is daarom niet-behandelbaar.

1. Procesverloop

De Commissie beslist volgens haar reglement en aan de hand van de ingediende stukken, te weten het op 17 april 2017 ingediende klachtformulier met bijlagen, het op 9 juli 2019 ingediende klachtformulier met bijlagen, het verweerschrift en de brief van Consument van 23 oktober 2019.

Verder stelt de Commissie vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom aan de hand van de stukken worden beslist.

2. Feiten

2.1 De Bank biedt de dienst Alex Vermogensbeheer aan. Dit omvat een geautomatiseerd en geïndividualiseerd beleggingsmodel dat op basis van technische analyse instructies genereert tot aan- en verkoop van effecten in de beleggingsportefeuilles van cliënten.

2.2 Consument en de Bank hebben in 2008 een Overeenkomst Alex Vermogensbeheer (hierna: de Overeenkomst Alex Vermogensbeheer) ondertekend. Daarin staat:

> "(…) Artikel 2 - Volmacht
> 2.1 Cliënt verleent (…) volmacht aan Alex om namens Cliënt en voor diens rekening en risico het Beheer over het Vermogen te voeren (…).
> (…)
> Artikel 3 - Beleggingsplan
> 3.1 Als onderdeel van deze Overeenkomst Alex Vermogensbeheer zal Alex (…) een Beleggingsplan opstellen aan de hand van door Cliënt verstrekte informatie.
> 3.2 Het Beleggingsplan dient voorafgaand aan het Beheer door Cliënt te zijn gecontroleerd, goedgekeurd en ondertekend.

3.3 Het Beleggingsplan beschrijft:
- de uitgangspunten en doelstellingen van het Beheer;
- een specificatie van de beperkingen met betrekking tot de gereglementeerde markt waarop effectentransacties (…) zullen worden uitgevoerd;
- een specificatie van de Effecten waarin mag worden belegd en de spreiding binnen de diverse categorieën Effecten. (…)"

2.3 Op 18 januari 2017 heeft Consument aan de Bank gemaild:

"(…) Het rendement over 2016 op mijn Alex VS-portefeuille (…) bedraagt volgens opgave -2,21 %.
Op de Alex website wordt gesproken over een rendement van +3,8% bij de voorbeeldportefeuille met hetzelfde risicoprofiel.
Kunt u mij het verschil verklaren? (…)"

2.4 Op 23 januari 2017 heeft de Bank aan Consument gemaild:

"(…) In uw e-mail geeft u aan het verschil tussen het resultaat van onze voorbeeldportefeuille en uw eigen Vermogensbeheerrekening verder verklaar[d] te willen hebben. (…)
Het vermogensbeheer bij Alex geschie[dt] altijd op individueel niveau. In plaats van zwaardere investeringen in exact dezelfde aandelen kiezen we ervoor (…) aandelen (…) toe te voegen aan uw portefeuille. Voor 2016 is helaas gebleken dat dit niet altijd tot de gewenste rendementsgroei heeft geleid. Indien deze aandelen de positieve trend hadden doorgezet, dan lag het in de lijn der verwachting dat we ook meer in de buurt waren gekomen van het rendement van de voorbeeldportefeuille (…). (…)"

2.5 Op 7 februari 2017 heeft Consument aan de Bank gemaild:

"(…) Als (…) klant (…) mag ik er vanuit gaan dat het resultaat van uw voorbeeldportefeuille globaal tot uiting komt in mijn specifieke portefeuille, anders heeft het resultaat van deze voorbeeldportefeuille geen zin en lijkt publicatie hiervan in strijd met de regels in de Nederlandse Reclame Code (…)
Omdat er zoals u aangeeft op individueel niveau aanpassingen geschieden zullen er dus ook afwijkingen t.o.v. de voorbeeldportefeuille plaatsvinden. Zolang deze afwijkingen zich binnen redelijke grenzen bevinden lijkt dit m.i. ook acceptabel.
In het onderhavige geval echter spreken we over een afwijking van 155% waarbij in plaats van een positief rendement van 3,8% een negatief rendement van 2,1 % wordt gerealiseerd (…)!
Ik (…) verzoek u daarom om volledige compensatie voor het verschil in rendement t.o.v. uw voorbeeldportefeuille. (…)"

2.6 Op 21 februari 2017 heeft de Bank aan Consument gemaild:

"(…) [u geeft aan] dat de discrepantie tussen de ontwikkelingen van uw (…) rekening en de (…) voorbeeldportefeuille dermate groot is dat wij (…) tekort zijn gekomen in de zorgplicht (…). (…)
Het Vermogensbeheer kent twee doelstellingen. Dit zijn (…) vermogensgroei en (…) vermogensbehoud. Met betrekking tot het vermogensbehoud geldt dat wij posities sluiten op het moment dat de beurzen en (…) aandelen (…) een negatieve trendmatige beweging laten zien. Dit heeft ertoe geleid dat het vermogen op cruciale momenten beschermd is voor de correcties gedurende 2016. (…)
(…) onze strategie [is] gestoeld op technische analyse. Uiteraard beaam ik dat de beurzen in december een behoorlijke stijging lieten zien. Echter wi[l] dit nog niet betekenen dat deze stijging zou continueren. Juist bij een stijging na een langdurige negatieve periode (…) wachten wij tot de signalen sterk genoeg zijn zodat we kunnen inhaken op de dan zichtbare positieve trendmatige beweging (…). Dit houdt in dat er zeker sprake kan zijn van een discrepantie tussen (…) de benchmark en uw vermogen. (…)
Het is dus pertinent onjuist dat het negatieve rendement een gevolg is van het schenden van een zorgplicht.
(…)
(…) [we] zullen dus niet het verschil tussen benchmark en het rendement op uw vermogen compenseren. Hier (…) ligt (…) het neveneffect van het toepassen van risicobeperking aan ten grondslag. Daar staat tegenover dat wij bij een outperformance ten aanzien van de benchmark dit eveneens geheel aan u toebedelen. (…) Hoewel we het verlies van 2016 (…) in dit vroege stadium van het jaar alweer hebben weggewerkt, is van een prestatievergoeding nog geen sprake. Het moge duidelijk zijn dat we uitermate gemotiveerd zijn om van 2017 een goed jaar te maken. (…)"

2.7 Op 22 februari 2017 heeft Consument aan de Bank gemaild:

"(…) Ik vermoed dat u niet de juiste brief (…) heeft gezonden, vanaf alinea 3 wordt nl. gesproken over een afwijkende performance t.o.v. de benchmark, maar dit heeft geen betrekking op de door mij aangehaalde situatie.
(…)
Ik verzoek u dus het verschil te compenseren omdat er m.i. sprake is van misleidende reclame m.b.t. de door u gepubliceerde resultaten van uw voorbeeldportefeuille met hetzelfde risicoprofiel. (…)"

2.8 Op 2 maart 2017 heeft de Bank aan Consument gemaild:

"(…) U geeft aan dat u mag verwachten dat de performance van onze voorbeeldportefeuille globaal tot uiting mag komen in de performance van uw vermogen. Doordat we het vermogen op individueel niveau beheren is dit helaas niet altijd de situatie. (…)
Door het individuele karakter van het beheer kijken we puur naar de beste omstandigheden voor de (uw) specifieke portefeuille welke volgens onze modellen kan worden vastgesteld. Er wordt dus niet simpel ingevoegd op een bestaande asset-allocatie van bestaande portefeuilles of (…) de voorbeeldportefeuille.

(…)
Met betrekking tot uw (…) rekening(en) [hebben] het startmoment alsmede de omvang van het startvermogen en de additionele storting (…) ertoe (…) geleid dat er al wat afbuigingen zijn geweest ten aanzien van onze voorbeeldportefeuille. Met betrekking tot de omvang van het vermogen [hebben] we (…) een bredere spreiding (…) moeten (…) inzetten ten aanzien van onze voorbeeldportefeuille. (…)
Hoewel u van mening bent dat dit een resultaat is van het tekortschieten (…) benadruk ik graag dat dit nooit het geval kan zijn. Dit zou het wel zijn als wij zonder verdere beoordeling van de markten en afweging van bovengenoemde risico's alle stukken zouden kopiëren vanuit de bestaande voorbeeldportefeuille zonder stil te staan bij de gedachte of dit ook voor uw vermogen op dat moment de beste uitgangspositie zou zijn.
(…)
In het licht van bovenstaande zal er ons inziens geen basis zijn voor een compensatie (…). (…)"

2.9 In antwoord op de e-mail van 2 maart 2017 heeft Consument aan de Bank gemaild:

"(…) [er lijkt] geen enkele reden te bestaan waarom het resultaat, cq. de beleggingen niet met uw voorbeeldportefeuille overeen zouden kunnen komen:

- geen tussentijdse wijzigingen van het risicoprofiel
- geen stortingen en/of onttrekkingen sinds 2013
- moment van aanvang ligt acht jaar voor 2016
- het vermogen staat toe dat alle fondsen uit de voorbeeldportefeuille ondergebracht kunnen worden
- het persoonlijk risicogetal valt binnen de range van de modelportefeuille (…)"

2.10 Bij brief van 3 april 2017 heeft de Bank aan Consument geschreven:

"(…) [u] uit (…) onvrede over de beleggingsresultaten (…) in 2016. (…)
Alex (…) beheert individuele portefeuilles. Het is daarom mogelijk en zelfs waarschijnlijk dat uw individuele portefeuille afwijkt van de (…) voorbeeldportefeuille (…)
Alex heeft zich niet erop vastgelegd dat zij de rendementen van de voorbeeldportefeuille altijd zou evenaren of verslaan (…). (…) Uw rendement in 2016 was 2,2% negatief en is daarmee ruim binnen de genoemde verwachting gebleven. Ook om deze reden zie ik niet waarom de informatie (…) misleidend zou zijn geweest. (…)
Op basis van de bovengenoemde argumenten is het niet mogelijk om uw verzoek om een schadevergoeding te honoreren. (…)"

2.11 Consument heeft op 17 april 2017 zijn klacht bij Kifid ingediend. In het klachtformulier werden de klacht en het schadebedrag als volgt toegelicht:

"(…) Alex (…) publiceert (…) het rendement van haar voorbeeldportefeuilles over een bepaalde (…) periode.

Als vermogensbeheer klant van Alex lijkt het mij dat ik ervan uit zou mogen gaan dat het resultaat van de Alex voorbeeld-portefeuille globaal tot uiting komt in mijn specifieke portefeuille (…). Als ik het beleggingsresultaat over 2016 tussen mijn door Alex beheerde portefeuille en de Alex voorbeeldportefeuille vergelijk, treedt er een afwijking van 6% op (…). Bij het (…) belegde vermogen hebben er geen tussentijdse wijzigingen van het risicoprofiel plaatsgevonden, noch zijn er stortingen en/of onttrekkingen sinds 2013 geweest en ligt het moment van aanvang (…) acht jaar voor 2016. Het belegde vermogen staat toe dat alle fondsen uit de voorbeeldportefeuille ondergebracht kunnen worden en het persoonlijk risicogetal valt binnen de range van de modelportefeuille (…). (…)
Financiële schade
€ 4.9344,-
Onderbouwing schadebedrag
De totale portefeuillewaarde per 01/01/2016 bedroeg € 822.233,32 De totale portefeuillewaarde per 31/12/2016 bedroeg € 804.134,45 (…) Met 3,8% rendement (conform (…) de Alex voorbeeldportefeuille) zou de totale waarde per einde 2016 € 853.478,19 moeten bedragen. Het verschilbedrag is (…) € 49.343,74 (…)"

2.12 Bij brief van 20 maart 2018 heeft de Bank aan Consument geschreven:

"(…) Op 13 maart 2018 heeft u gesproken met mijn collega [naam] over uw klacht inzake de dienstverlening van Alex Vermogensbeheer. De klacht heeft u tevens bij (…) Kifid (…) aanhangig gemaakt.
Hierbij zend ik u de vaststellingsovereenkomst waarin de afspraken zijn opgenomen die zijn gemaakt inzake de afhandeling van de klacht. Ik verzoek u beide exemplaren van de overeenkomst te ondertekenen (…) en mij (…) één exemplaar (…) te zenden. (…)
Als u vragen heeft (…) kunt u rechtstreeks met mij contact opnemen. (…)"

2.13 Overgelegd is de vaststellingsovereenkomst die partijen in maart 2018 hebben ondertekend (hierna: de vaststellingsovereenkomst). Daarin staat:

"(…) VASTSTELLINGSOVEREENKOMST
(…)
OVERWEGENDE DAT:
A. [naam Consument] bij de Bank belegt via het product Alex Vermogensbeheer;
B. Tussen Partijen een geschil is gerezen met betrekking tot Alex Vermogensbeheer;
C. Partijen er om hun moverende redenen de voorkeur aan geven het geschil als bedoeld onder (B) in der minne op te lossen en de in verband daarmee gemaakte afspraken in deze vaststellingsovereenkomst schriftelijk willen vastleggen;
KOMEN OVEREEN ALS VOLGT:
1. Binnen 21 werkdagen na ondertekening van deze vaststellingsovereenkomst betaalt de Bank aan [naam Consument] [bedrag]. (…)
2. Partijen komen overeen dat zij na betaling als bedoeld in artikel 1 (…) niets meer van elkaar te vorderen hebben uit hoofde van of in verband met het onderwerp van geschil zoals bedoeld onder (B) en verlenen elkaar finale kwijting ter zake.

3. Met het ondertekenen van deze vaststellingsovereenkomst verplichten Partijen zich ter zake van het onderwerp van geschil geen nieuwe procedures (gerechtelijke procedures, arbitrages, bindend advies en klachtenprocedures daaronder begrepen) jegens elkaar te voeren. (…)
(…)
6. De in deze vaststellingsovereenkomst vervatte regeling houdt geen erkenning in van eigen schuld of aansprakelijkheid zijdens de Bank van door [naam Consument] geleden schade.
(…)"

2.14 Op 9 juli 2019 heeft Consument zijn huidige klacht bij Kifid ingediend.

3. Vordering, klacht en verweer

3.1 Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld tot schadevergoeding. In het klachtformulier heeft hij vermeld dat de schade € 13.865,- bedraagt, te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 1 januari 2018. Aan zijn vordering legt hij ten grondslag dat de Bank is tekortgeschoten doordat het resultaat van zijn beleggingsportefeuille over 2017 lager ligt dan dat van de voorbeeldportefeuille.

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

4. Beoordeling

4.1 Kern van de klacht is de stelling dat de Bank is tekortgeschoten doordat het resultaat over 2017 van de beleggingsportefeuille van Consument lager ligt dan dat van de voorbeeldportefeuille.

4.2 Als verweer stelt de Bank dat partijen een vaststellingsovereenkomst zijn aangegaan en dat reeds op die grond de vordering moet worden afgewezen. Consument brengt hiertegen in dat de vaststellingsovereenkomst uitsluitend betrekking heeft op de eerdere, in 2017 ingediende klacht. Ter onderbouwing voert hij aan dat de eerdere klacht betrekking had op schade die in 2016 was geleden als gevolg van een verschil tussen zijn portefeuille en de voorbeeldportefeuille. Consument wijst erop dat de Bank in haar brief bij de vaststellingsovereenkomst schreef dat daarin de afspraken stonden 'die zijn gemaakt inzake de afhandeling van deze klacht' en dat artikel 6 van de vaststellingsovereenkomst niet ingaat op mogelijk nog te lijden schade, maar alleen op de destijds reeds geleden schade.

4.3 Hieronder zal eerst het beroep van de Bank op de vaststellingsovereenkomst worden beoordeeld omdat, als dit verweer slaagt, de Commissie niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering.

4.4 De Commissie overweegt als volgt. Consument kan niet worden gevolgd in zijn standpunt dat de vaststellingsovereenkomst alleen diende tot het afhandelen van de in 2017 ingediende klacht en de daarin gevorderde schade. In overweging B van de vaststellingsovereenkomst staat immers dat 'Alex Vermogensbeheer' het 'onderwerp van geschil' is zonder dat dit wordt beperkt tot een bepaalde periode of een bepaald aspect van de door de Bank verrichte dienstverlening. Vervolgens staat in artikel 2 dat partijen, na betaling van het schikkingsbedrag, niets meer van elkaar te vorderen hebben 'uit hoofde van of in verband met het onderwerp van geschil zoals bedoeld onder (B)' en elkaar finale kwijting verlenen. De Commissie constateert dan ook dat Consument door het aangaan van de vaststellings-overeenkomst afstand heeft gedaan van het recht om de Bank in verband met de Overeenkomst Alex Vermogensbeheer tot schadevergoeding aan te spreken, ook ten aanzien van schade die na 2016 is ontstaan.

4.5 In eerdere uitspraken is overwogen dat de Commissie een klacht niet kan behandelen als partijen over het onderwerp van die klacht een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten (vgl. de uitspraken met nummer 2015-226, 2017-863, 2018-603 en 2019-686). De klacht van Consument zal daarom niet-behandelbaar worden verklaard.

5. Beslissing

De Commissie verklaart de klacht van Consument niet-behandelbaar.

Tegen deze beslissing 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 verzending 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 daarvoor geldende termijnen staat in artikel 40 van het reglement.