Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-268 d.d. 16 juni 2016
(mr. drs. S.F. van Merwijk, voorzitter, J.C. Buiter en drs. L.B. Lauwaars RA, leden en mr. R. de Kruif, secretaris)

Samenvatting

De Commissie is van oordeel dat Consument niet ontvankelijk is in zijn vordering, omdat zijn klacht reeds onderwerp is geweest in een rechterlijke procedure. Consument heeft met zijn klacht over Aangeslotene dezelfde wezenlijke geschilpunten ter beoordeling voorgelegd als in de (mede namens hem) gevoerde procedure tegen Aangeslotene bij de civiele rechter. Anders dan Consument heeft betoogd, lenen de geschilpunten zich er niet voor om slechts ten aanzien van een deel van de (vermogens)beheerportefeuille te worden beoordeeld. De Commissie is dan ook van oordeel dat er onvoldoende aanleiding is om de klacht van Consument, waarvan de wezenlijke geschilpunten getoetst moeten worden aan de hand van (voor een belangrijk deel) hetzelfde feitencomplex dat aan de orde is geweest in een rechterlijke procedure, in behandeling te nemen.

Consument,

tegen

Wijs & Van Oostveen B.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;
- het door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- aanvullende stukken per e-mailbericht van 22 maart 2016 van Consument;
- aanvullende stukken per e-mailbericht van 24 maart 2016 van Aangeslotene;
- de spreekaantekeningen van de gemachtigden van Consumenten, overgelegd ter zitting;
- de spreekaantekeningen van de gemachtigden 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 hoorzitting op 24 maart 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Consument heeft eind 2006 met Aangeslotene een overeenkomst tot vermogensbeheer gesloten.

2.2. Op 10 november 2006 heeft Consument € 600.000,- gestort op zijn daarvoor bij Theodoor Gilessen Services aangehouden effectenrekening.

2.3. Vanaf aanvang tot aan de beëindiging van de vermogensbeheersovereenkomst op 14 mei 2012 heeft Consument voor een totaal bedrag van € 468.310,83 aan onttrekkingen gedaan.

2.4. Gedurende de periode van vermogensbeheer zijn in opdracht en op naam van Consument onder andere door Lehman Brothers Treasury Co. B.V. (hierna: LBTC) uitgegeven en door het Amerikaanse moederbedrijf Lehman Brothers Holdings Inc. gegarandeerde Garantie Bonus Notes (hierna: GBN) aangekocht en/of verkocht. Lehman Brothers en LBTC zijn eind 2008 failliet verklaard.

2.5. Consument heeft zich aangesloten bij Stichting Hulp Gedupeerden (hierna: SHG) die zich ten doel heeft gesteld het behartigen van de belangen van hen die schade hebben geleden door de aankoop bij Aangeslotene van door LBTC uitgegeven notes en die hun vorderingen jegens Aangeslotene hebben gecedeerd aan SHG.

2.6. SHG heeft mede namens Consument (o.b.v. een privatieve last) tegen Aangeslotene geprocedeerd bij de rechtbank te Amsterdam. In het vonnis d.d. 2 maart 2011 van de rechtbank Amsterdam zijn de vorderingen van SHG afgewezen (Zaaknummer 457918 / HA ZA 10-1449). Uit het vonnis blijkt dat SHG aan haar vorderingen het volgende ten grondslag heeft gelegd:

"[SHG] *stelt, kort gezegd, dat* [Aangeslotene] *onrechtmatig heeft gehandeld door:*

A. te handelen in strijd met de prospectusplicht;

B. te handelen in strijd met de regelgeving inzake informatieverstrekking;

C. te handelen in strijd met de op haar als beleggingsonderneming rustende bijzondere zorgplicht;

D. zich schuldig te maken aan misleidende reclame;

E. met onrechtmatige gevaarzetting te hebben gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt."

De rechtbank overweegt in voormeld vonnis ten aanzien van de grondslag onder C. het volgende:

"C. handelen in strijd met de op haar als beleggingsonderneming rustende bijzondere zorgplicht
4.16. De Stichting stelt dat [gedaagde sub 1] heeft gehandeld in strijd met de op haar rustende bijzondere zorgplicht, die volgt uit de artikelen 7:401 BW, 6:248 BW en de relevante bepalingen uit de ten tijde van haar handelen toepasselijke financiële toezicht-wetgeving.

[gedaagde sub 1] heeft immers in strijd met het know your customer beginsel de Cedenten financiële producten verkocht en/of geadviseerd die niet passen bij hun beleggingservaring, beleggingsdoelstellingen en risicobereidheid. [gedaagde sub 1] is daar-door ofwel toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van de op haar jegens individuele Cedenten rustende verbintenissen dan wel heeft zij onrechtmatig jegens hen gehandeld, aldus de Stichting.

4.17. De rechtbank stelt vast dat de Stichting aldus schadevergoeding vordert op grond van onrechtmatig handelen dan wel toerekenbaar tekortschieten van [gedaagde sub 1] jegens elk van de ongeveer 260 Cedenten. Dat zijn ongeveer 260 afzonderlijk te beoordelen vorderingen. Om tot toewijzing van elk van die afzonderlijke vorderingen tot schadevergoeding te kunnen komen, dient de rechtbank per Cedent tenminste te kunnen beoordelen of zij in een contractuele relatie tot [gedaagde sub 1] (hebben ge)staan, of [gedaagde sub 1] daarin jegens hen is tekortgeschoten dan wel jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld, of de desbetreffende Cedent dientengevolge schade heeft geleden en of deze schade geheel of gedeeltelijk aan de fout [gedaagde sub 1] kan worden toegerekend.
4.18. Uit de door de Stichting verstrekte gegevens blijkt niet meer dan dat de Cedenten op enig moment een of meer notes hebben gekocht. Onduidelijk blijft welk type dienst-verlening (execution only, advies of vermogensbeheer) tussen de afzonderlijke Cedenten en [gedaagde sub 1] is overeengekomen. Evenmin is duidelijk of in de afzonderlijke gevallen - en zo ja in welke - een cliëntprofiel is opgemaakt, wat daarin is opgenomen en wat de beleggingservaring, de beleggingsdoelstelling en het risicoprofiel van de desbetreffende Cedenten was. Ondanks dat door [gedaagde sub 1] bij antwoord erop is gewezen dat elk van de ongeveer 260 vorderingen tot schadevergoeding individueel onderbouwd zou moeten worden, heeft de Stichting haar stellingen algemeen gehouden, zonder dat deze te herleiden zijn tot feiten en omstandigheden die in een specifiek geval, dan wel steeds voor iedere individuele Cedent een rol hebben gespeeld. Onder deze omstandigheden kan de rechtbank niet vaststellen of, en, zo ja, jegens wie en op welke grond [gedaagde sub 1] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van een of meer op haar rustende verbintenissen dan wel onrechtmatig heeft gehandeld. De rechtbank kan evenmin vaststellen of en, zo ja, hoe en in welke omvang door wie van Cedenten dientengevolge schade is geleden, laat staan dat en waarom zulks geheel of ten dele aan [gedaagde sub 1] zou kunnen worden toegerekend."

4.19. De slotsom is dat de vorderingen op dit punt niet zodanig zijn toegelicht dat de stellingen van de Stichting, mits bewezen, die vorderingen kunnen dragen. De vorderingen moeten dus worden afgewezen."

2.7. Tegen het vonnis van de rechtbank heeft SHG hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Amsterdam. In de appèlprocedure zijn geen grieven ingediend tegen de hiervoor geciteerde overwegingen van de rechtbank. Bij arrest van 14 mei 2013 heeft het gerechtshof het bestreden vonnis bekrachtigd (Zaaknummer 200.093.711-01).

2.8. Op 18 december 2013 heeft Consument bij Kifid zijn klacht over Aangeslotene ingediend. De Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft Consument niet ontvankelijk verklaard.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert van Aangeslotene € 98.000,-.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden door de portefeuille van Consument niet alleen niet conform het beleggingsprofiel in te richten, maar ook door een te risicovol beheer te voeren en Consument onvoldoende dan wel niet te wijzen op de (debiteuren)risico's. Consument voert de volgende argumenten aan:

- De klacht is ontvankelijk omdat de feiten die ten grondslag liggen aan de onderhavige klacht niet zijn beoordeeld door de rechter. De zaak die voor de rechter heeft gespeeld, was veel beperkter. In de rechtszaak was de vordering van schadevergoeding met name gestoeld op in essentie generieke verzuimen in de voorlichting en informatieverstrekking ten aanzien van gebreken aan het product in plaats van de op individuele basis door Aangeslotene jegens Consument geschonden zorgplichten. Juist op het punt van de zorgplicht heeft de rechtbank de vordering afgewezen (ten aanzien van alle 260 claimanten) omdat er te weinig feitelijk zou zijn gesteld of aangedragen zodat daar geen inhoudelijk oordeel over kon worden gegeven.
  De rechtsverhouding, de aard van de overeenkomst, het voor de portefeuille geldende risicoprofiel en gemaakte afspraken over de inrichting van de portefeuille zijn alle niet inhoudelijk aan de orde geweest in de gerechtelijke procedure en waren ook geen onderdeel van enige uitgewerkte stelling. Het causaal verband tussen tekortschieten van Aangeslotene en schade is daarbij op een hele andere wijze te beoordelen dan in het geval van onderhavige klacht.
- Ook de bedoeling van het Kifid verzet zich niet tegen ontvankelijkheid van de klacht. Kifid heeft immers ten doel laagdrempelige toegang te verlenen voor Consumenten om te klagen en zo mogelijk schadevergoeding te verkrijgen. In dit geval is er ook geen sprake van om het nogmaals te verkrijgen waar eerder bij de rechter gefaald is. Consument claimt in dit geval schade als gevolg van het handelen van Aangeslotene met betrekking op andersoortige feiten, andersoortig gedrag en andersoortige schade. De rechtszaak had betrekking op het financiële product Lehman Notes. Onderhavige klacht is gebaseerd op een andere grondslag dan de zaak die bij de rechter heeft gespeeld en (mede) namens Consument door Stichting Hulp Gedupeerden (SHG) tegen Aangesloteneis gevoerd.
- De verschillende Garantie Bonus Notes (GBN) die door Consument op advies van Aangeslotene zijn gekocht en verkocht, kunnen niet gekwalificeerd worden als passend bij het defensieve profiel van Consument. Daarnaast heeft Aangeslotene Consument niet gewezen op het zeer eenzijdige debiteurenrisico, welk risico zich voorts door het faillissement van LBTC heeft verwezenlijkt. Als gevolg daarvan heeft Consument aanzienlijke schade geleden.
- Aangeslotene heeft het vermogen van Consument te risicovol beheerd en heeft niet volgens het defensieve profiel van Consument gehandeld. In de jaren 2007-2009 was er sprake van een verdeling in de portefeuille welke meer past bij een neutraal beleggingsprofiel en pas vanaf begin 2009 wordt de verdeling, waarschijnlijk door de forse waardedaling van een aantal risicovolle instrumenten zoals de Lehman notes, weer

passend bij een defensief profiel. Vastgesteld kan worden dat in ieder geval de eerste jaren van de vermogensbeheerrelatie de portefeuille continu te risicovol is geweest voor het beleggingsprofiel van Consument. Uitgaande van een waarde van € 614.000,- ultimo 2007, onttrekkingen ad € 23.000,- en een waarde van de portefeuille van € 382.000,- eind januari 2009 kan worden geconcludeerd dat de er een verlies is geleden van € 209.000,-. Gelet op de gemiddelde afwijking van het profiel met circa 30-40% lijkt een vergoeding van € 70.000,- op zijn plaats. Voorts acht Consument een vergoeding van € 20.000,- redelijk vanwege de door Aangeslotene overmatige handel in effecten wat niet past bij een defensief profiel.

- Consument heeft al eerder over Aangeslotene geklaagd, namelijk met betrekking tot een 'stop trade' issue waarbij onbedoeld het vermogensbeheer door Aangeslotene is gestopt. De Ombudsman heeft zich daarover in een oordeel van 31 maart 2012 uitgesproken (OM-12-03395). Echter, anders dan de Ombudsman heeft geoordeeld, heeft Aangeslotene vanaf maart 2011 alleen op verzoek van Consument effecten verkocht (in verband met onttrekkingen) en verder geen vermogensbeheer meer gevoerd. Er is daarbij sprake geweest van een onterechte 'stop trade', hetgeen wordt ondersteund door de destijds getoonde bereidheid van Aangeslotene om een schadevergoeding van € 8.000,- te betalen.
- Consument is van mening dat zijn schade het directe gevolg is van de agressieve verkoopmethoden van Aangeslotene, het onzorgvuldige door haar verstrekte beleggingsadvies en het onzorgvuldig uitgevoerde vermogensbeheer. Consument acht Aangeslotene geheel aansprakelijk voor zijn schade door hem begroot op € 98.000,-.

3.3. Op de stellingen die Aangeslotene tot verweer heeft opgeworpen, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

4.1. De Commissie is van oordeel dat Consument niet ontvankelijk is in zijn vordering.

4.2. In dit geval is artikel 14 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) (zoals dat gold tot 1 oktober 2014) van toepassing waarin onder andere het volgende is bepaald:
"14.1 Het Klachteninstituut kan een Klacht niet behandelen indien en voor zover: (…)
b) de Klacht reeds aanhangig is bij, of tot een beslissing heeft geleid van, een rechter, een commissie van scheidsmannen, een in dit Reglement genoemde geschillencommissie, of van een daarmee vergelijkbare instantie; (...)"
Ten overvloede wordt opgemerkt dat in het Reglement dat geldt vanaf 1 oktober 2014 in artikel 9.2 onder b dezelfde bepaling is opgenomen. De vraag of Consument wel of niet ontvankelijk is, is dus niet afhankelijk van welk reglement van toepassing is. De strekking van voornoemde bepalingen is dat voorkomen moet worden dat hetzelfde geschil ter beoordeling wordt voorgelegd aan twee verschillende geschilbeslechtende instanties.

4.3. De Commissie acht redengevend voor haar oordeel dat Consument met onderhavige klacht over Aangeslotene dezelfde wezenlijke geschilpunten ter beoordeling heeft voorgelegd als destijds (namens hem door SHG) aan de civiele rechter.

Aan beide vorderingen wordt immers –in de kern- ten grondslag gelegd dat Aangeslotene haar informatie- en zorgverplichtingen jegens Consument niet heeft nageleefd en de beheerportefeuille niet conform het overeengekomen beleggersprofiel is ingevuld. Deze rechtsvragen kunnen slechts in samenhang met alle relevante aspecten van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding 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 en de periode waarover de schade dient te worden berekend.

4.4. Het voorgaande wordt niet anders door de stelling van Consument dat de procedure bij de civiele rechter alleen betrekking had op het product van de door LBTC uitgegeven GBN en dat daarbij niet is ingegaan op de rechtsverhouding, de aard van de overeenkomst het voor de portefeuille geldende risicoprofiel en gemaakte afspraken over de inrichting van de portefeuille in het specifieke geval van Consument.
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.

4.5. Ook de stelling van Consument dat hij ontvankelijk is, omdat uit een uitspraak d.d. 7 oktober 2014 van het Gerechtshof Amsterdam (GHAMS, 2014:4128) -waarbij Aangeslotene ook als partij betrokken was- volgt dat aan de voor wat betreft de vordering van Consument jegens Aangeslotene door SHG gevoerde procedure geen gezag van gewijsde kan worden toegekend, slaagt niet. Dat geval betrof namelijk een door een (rechts)persoon aangespannen zaak waarbij de aan SHG verleende privatieve last na het vonnis d.d. 2 maart 2011 van de rechtbank Amsterdam was komen te vervallen en SHG derhalve niet meer namens die (rechts)persoon in hoger beroep heeft geprocedeerd. In het onderhavige geval is niet gebleken dat Consument, dan wel SHG namens hem, bij de rechtbank dan wel daarna in hoger beroep bij het Gerechtshof niet de mogelijkheid heeft gehad om zijn stellingen -dat Aangeslotene in strijd met de op haar rustende bijzondere zorgplicht heeft gehandeld- nader te motiveren en te onderbouwen. Daar is kennelijk (bewust) niet voor gekozen. De Commissie is dan ook van oordeel dat er onvoldoende aanleiding is om de klacht van Consument, waarvan de wezenlijke geschilpunten getoetst moeten worden aan de hand van (voor een belangrijk deel) hetzelfde feitencomplex dat aan de orde is geweest in een rechterlijke procedure, in behandeling te nemen.

4.6. Hoewel Consument terecht stelt dat het Kifid een laagdrempelig instituut wil zijn voor het behandelen van klachten over financiële dienstverleners, merkt de Commissie op dat dit niet betekent dat zij ook gehouden is om een (klacht)geschil te behandelen dat reeds onderwerp is geweest in een rechterlijke procedure. Laagdrempeligheid wil zeggen dat het voor Consument mogelijk is om zijn geschil op (relatief) eenvoudige wijze voor te leggen aan een geschilbeslechtende instantie en niet dat het een extra mogelijkheid biedt om eerder (al dan niet gedeeltelijk of anders onderbouwd) gevorderde schadevergoeding alsnog te verkrijgen.

4.7. Bij wijze van uitzondering overweegt de Commissie nog ten overvloede - om bij Consument elke schijn weg te nemen dat hem op louter formele gronden de door hem verlangde compensatie wordt ontzegd - dat zelfs indien Consument was ontvangen in zijn vordering, voor zover die ziet op andere schade dan die specifiek in de Rechtbank procedure aan de orde is gekomen, het ook niet aannemelijk is geworden dat deze schade het gevolg is van het toerekenbaar tekortschieten van Aangeslotene in haar verplichtingen uit de vermogensbeheerovereenkomst. Het gestelde beleggingsverlies van € 209.000,-, waarvan Consument € 70.000,- claimt, lijkt vooral het gevolg te zijn van tegenvallende rendementen door de kredietcrisis. Voorts kan uit de portefeuille-overzichten opgemaakt worden dat voor een bedrag van € 79.000,- in Lehman notes is belegd wat dus ook een (groot) deel uitmaakt van het verlies en in de onderhavige procedure sowieso buiten beschouwing zou moeten worden gelaten. Aannemelijk is bovendien dat de grote hoeveelheid onttrekkingen hebben bijgedragen aan de onmogelijkheid van herstel van de effectenportefeuille in betere tijden. Ook voor wat betreft het gestelde overmatige handelen door Aangeslotene waardoor onnodig kosten zouden zijn gemaakt, heeft Consument niet onderbouwd waarom Aangeslotene daarbij niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. Het enkel benoemen van het (grote) aantal transacties, waaraan € 65.000,- aan kosten zouden zijn verbonden, is in ieder geval onvoldoende om een dergelijke tekortkoming aan te nemen.
Niet inzichtelijk is gemaakt waarom die transacties niet pasten bij het (defensieve) profiel van Consument, laat staan waarom het redelijk zou zijn dat Aangeslotene € 20.000,- van deze kosten vergoed. Daarentegen heeft Aangeslotene wel aannemelijk gemaakt dat zij voldoende informatie heeft ingewonnen over de financiële positie, risicobereidheid, doelstelling en de kennis en ervaring van Consument met beleggingen om op gedegen wijze het vermogensbeheer te voeren. Tot slot is onduidelijk gebleven wat er gebeurd zou zijn als op andere wijze (al dan niet met minder transacties) belegd zou zijn en of Consument daarmee minder verlies zou hebben geleden.

4.8. Voor wat betreft zijn ‘stop trade’ geschil met Aangeslotene is Consument overigens om andere dan hiervoor genoemde redenen niet ontvankelijk, namelijk omdat hij niet binnen drie maanden na het oordeel d.d. 31 maart 2012 van de Ombudsman zijn klacht aan de Commissie heeft voorgelegd, maar daarmee bijna 2 jaar heeft gewacht.

5. Beslissing

De Commissie verklaart Consument niet ontvankelijk in zijn vordering.

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 https://www.kifid.nl/consumenten/klacht-voor-1-oktober-2014-bij-kifid-ingediend.