Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-28 d.d. 31 januari 2013
(mr. J. Wortel, voorzitter, de heren prof. drs. A.D. Bac RA en G.J.P. Okkema, leden en mevrouw mr. J.J. Guijt, secretaris)

Samenvatting

Het uitvoeren van fondsbeheer kan niet worden aangemerkt als een financiële dienst in de zin van het 'reglement Ombudsman & geschillencommissie Financiële Dienstverlening'. De Commissie acht zich derhalve niet bevoegd te oordelen over het klachtonderdeel dat daarop betrekking heeft.
De overige door Consument aangevoerde klachtonderdelen over nalatigheid bij de begeleiding van de ervenrekeningen die bij Aangeslotene liepen, het niet-nakomen van een beweerdelijke door Aangeslotene gedane toezegging met betrekking tot de hypotheekrente van de bij Aangeslotene gesloten hypotheek en ter zake van gestelde tekortkomingen bij de uitvoering van de beleggingsadviesrelatie,zijn door de Commissie afgewezen.

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 verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen van 11 juli 2011;
- het door Consument ingevulde en ondertekende vragenformulier ;
- het verweer van Aangeslotene met bijlagen;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- de brief van Aangeslotene van 3 december 2012; en
- de brief van de advocaat van Aangeslotene van 3 december 2012; en
- het e-mailbericht van Consument van 22 december 2012.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 28 november 2012 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Consument is al meer dan 25 jaar klant bij Aangeslotene. De dienstverlening bevatte onder meer betaalrekeningen, een hypotheek op het woonhuis van Consument in Nederland en effectendienstverlening op basis van een (basis)adviesrelatie. Voorts is Consument beheerder van de nalatenschap van zijn ouders; de ervenrekeningen die daarop betrekking hebben, lopen bij Aangeslotene.
3.2. In 2005 is Consument verhuisd van X naar Y in Z.
3.3. Consument heeft zich vanaf medio 2005 meermalen bij Aangeslotene beklaagd over het handelen, dan wel nalaten van Aangeslotene.
3.4. Een medewerker van Aangeslotene heeft onder meer bij brief van 9 november 2005 namens de Regiodirectie van Aangeslotene gereageerd op de klachten van Consument. In deze brief staat - voor zover hier van belang - over de klacht van Consument met betrekking tot de rentevergoeding over zijn beleggingsrekeningen het volgende vermeld:

> "**Rentevergoeding**
> De afspraak uit het verleden die uit ons systeem blijkt is dat voor de bepaling van de hoogte van de rente op de beleggingsrekening onder nummer (..) het vermogen op de rekeningen ten name van Erven [van de moeder van Consument] en Erven [van de vader van Consument] wordt samen geteld. Op basis van het huidige vermogen bedraagt het rentepercentage momenteel 2,0%. De rente op de beleggingsrekening onder nummer (..) ten name van [Consument] bedraagt bij het huidige vermogen op dit moment 2,375%. Voor alle [Aangeslotene]-rekeningen in Euro geldt momenteel een rentevergoeding van 0,25% per jaar. Gegeven uw minder plezierige ervaringen met [Aangeslotene] de laatste tijd ben ik bereid om voor de toekomst het rentetarief op de beide bovengenoemde beleggingsrekeningen te koppelen aan het totale vermogen ten name van de Ervenrekeningen en uw eigen rekeningen. Dit betekent dat beide beleggingsrekeningen een rente zullen vergoeden van momenteel 2,375%".

3.5. Ook nadien heeft Consument meermalen klachten en bezwaren bij Aangeslotene ingediend, waarvoor geen voor Consument acceptabele regeling getroffen kon worden.
3.6. Uiteindelijk heeft Aangeslotene bij brief van 24 september 2009 de relatie met Consument opgezegd en hem verzocht om binnen zes maanden zijn belangen bij een andere dienstverlener onder te brengen. In 2011 is de beëindiging geëffectueerd voor de beleggingsportefeuille en de betaalrekeningen van Consument. De ervenrekeningen en de hypotheeklening van Consument, alsmede een zogenaamde "sidepocket" ter zake van een belegging van Consument in het Market Neutral Fund lopen nog steeds bij Aangeslotene.

4. De vordering en de grondslagen

4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem geleden schade als gevolg van het handelen van Aangeslotene. De schade wordt door hem begroot op totaal € 86.850,-.
4.2. Deze vordering steunt op de grondslag dat Aangeslotene vanaf 2004 toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende verbintenissen. Dit tekortschieten is - naar de Commissie begrijpt - volgens Consument onder meer gelegen in de volgende omstandigheden (welke hierna in dit bindend advies zullen worden weergegeven als klachtonderdeel I tot en met VIII).

I. Aangeslotene heeft, al dan niet via A, als beheerder van het Market Neutral Fund, een foutieve en misleidende voorstelling van zaken gegeven door ten onrechte te beweren dat het Market Neutral Fund in het verleden in aan Madoff gelieerde fondsen zou hebben belegd, op basis van welke bewering beleggers in het Market Neutral Fund al bij voorbaat door Aangeslotene aansprakelijk zijn gesteld voor eventuele claims die uit de Madoff-affaire zouden kunnen voortvloeien;
II. Er is sprake geweest van gebrekkige communicatie. Aangeslotene heeft geen rekening gehouden met het feit dat Consument sinds 2005 permanent in Z woont en heeft geweigerd per e-mail met Consument te communiceren. Zo heeft Aangeslotene mededelingen over de class action tegen AHOLD en Vivendi naar het postadres van Consument in X zonder Consument daarvan op zijn adres in Z op de hoogte te stellen;
III. Aangeslotene heeft nagelaten Consument te informeren over de plotselinge waardedaling van de in zijn beleggingsportefeuille opgenomen ING warrant;
IV. Aangeslotene heeft Consument bij haar advisering over aandelen ING informatie onthouden over dubieuze beleggingen van ING in Alt A-hypotheken in de Verenigde Staten;
V. Aangeslotene heeft zich niet gehouden aan de met Consument overeengekomen rentevergoeding op de door hem beheerde rekeningen;
VI. Aangeslotene heeft sinds 2004 nagelaten Consument formulieren voor terugvordering van buitenlandse bronbelasting toe te sturen;
VII. Aangeslotene heeft in weerwil van de aan Consument gedane toezegging om een hypotheekrente van maximaal 4,2% in rekening te brengen 4,5% hypotheekrente in rekening gebracht; en
VIII. Aangeslotene heeft een door Consument gegeven betalingsopdracht verkeerd uitgevoerd, geweigerd de zoekgeraakte overschrijving na te trekken en geweigerd de daardoor door Consument geleden schade te vergoeden.

4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. Consument heeft een groot aantal klachtonderdelen aan de Commissie voorgelegd. Van een aantal daarvan heeft Consument niet voldoende concreet gesteld dat deze tot schade hebben geleid, zodat deze reeds daarom geen bespreking behoeven. Met betrekking tot de overige klachtonderdelen overweegt de Commissie als volgt.

5.2. In *klachtonderdeel I* beklaagt Consument zich over de beslissingen die Aangeslotene, al dan niet via A, heeft genomen als beheerder van het Market Neutral Fund. De Commissie overweegt hieromtrent als volgt.

5.3. Ingevolge het bepaalde in artikel 9.1 van het 'Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid)' (verder: 'het Reglement') kan een Consument zich tot de Commissie wenden met een 'Klacht'. Onder 'Klacht' wordt ingevolge artikel 1 van het Reglement verstaan: "Elke blijk van onvrede inzake een Financiële dienst tussen een Consument en een of meer Aangeslotene(n)".

5.4. Voor het begrip 'Financiële dienst' wordt in artikel 1 van het Reglement verwezen naar het ter zake bepaalde in de Wet op het financieel toezicht (Wft). In artikel 1.1 Wft is het begrip 'Financiële dienst' als volgt gedefinieerd:

> "a. aanbieden;
> b. adviseren over andere financiële producten dan financiële instrumenten;
> c. bemiddelen;
> d. herverzekeringsbemiddelen;
> e. optreden als clearinginstelling;
> f. optreden als gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent; of
> g. verlenen van een beleggingsdienst;
> h. verrichten van een beleggingsactiviteit".

5.5. Fondsbeheer wordt in bovenvermelde opsomming niet genoemd. Dit brengt naar het oordeel van de Commissie mee dat (het uitvoeren van) fondsbeheer niet kan worden aangemerkt als een financiële dienst in de zin van het Reglement. Opmerking verdient dat de Commissie ook vóór de inwerkingtreding van het huidige Reglement in dezelfde zin heeft beslist. De Commissie acht zich derhalve niet bevoegd te oordelen over dit klachtonderdeel.

5.6. In *klachtonderdeel II* stelt Consument dat hij schade heeft geleden doordat Aangeslotene heeft nagelaten mededelingen - onder andere met betrekking tot de class action tegen AHOLD en Vivendi - naar zijn adres in Z te verzenden, maar volstond met verzending naar zijn postadres in X. De Commissie overweegt hieromtrent als volgt. De Commissie is uit de overgelegde stukken niet gebleken dat Consument Aangeslotene in 2005 een schriftelijke adreswijziging heeft gezonden waaruit Aangeslotene heeft kunnen opmaken dat Consument vanaf 2005 geen ingezetene van Nederland meer was. Nu Consument voorts - naar deze zelf ook erkent - als postadres zijn adres te X heeft doorgegeven en de Commissie voorts niet is gebleken dat Aangeslotene Consument heeft toegezegd informatie ook aan zijn adres te Z te versturen, mocht Aangeslotene volstaan met het toezenden van mededelingen aan voornoemd postadres.

5.7. Voor zover Consument zich in dit klachtonderdeel voorts erover beklaagt dat Aangeslotene heeft geweigerd via internet met hem te communiceren, merkt de Commissie op dat haar uit de overgelegde stukken is gebleken dat Aangeslotene Consument meermalen heeft medegedeeld niet te kunnen voldoen aan zijn wens om alle op de dienstverlening van Aangeslotene betrekking hebbende mededelingen via internet toe te zenden. Hoewel Consument het daarmee niet eens was heeft hij geen verdere actie daartegen ondernomen en daarmee deze situatie geaccepteerd. Ook in zoverre is Aangeslotene niet tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen.

5.8. In de *klachtonderdelen III en IV* stelt Consument dat hij schade heeft geleden doordat Aangeslotene hem niet heeft geïnformeerd over respectievelijk de waardedaling van de in zijn beleggingsportefeuille opgenomen ING warrant en de dubieuze beleggingen van ING in zogenaamde Alt A-hypotheken in de Verenigde Staten.

5.9. De Commissie stelt vast dat tussen partijen met betrekking tot de effectenportefeuille van Consument een (basis)adviesrelatie heeft bestaan. De stelling van Consument dat Aangeslotene bij een dergelijke adviesrelatie gehouden was de waardeontwikkeling van de ING- warrant te volgen en beleggers zoals Consument ook ongevraagd van advies te voorzien acht de Commissie onjuist. Het had op de weg van Consument gelegen bij vragen over de waardeontwikkeling van zijn portefeuille contact op

te nemen met Aangeslotene, hetgeen hij kennelijk heeft nagelaten. Ook bestond er gezien de (basis)adviesrelatie geen gehoudenheid voor Aangeslotene om Consument ongevraagd te informeren over het belang van ING in zogenaamde Alt A-hypotheken. Overigens heeft Aangeslotene Consument voorgesteld een op ruimere dienstverlening recht gevende beleggingsrelatie te kiezen, doch Consument heeft dit voorstel afgewezen. De Commissie concludeert dan ook dat ook deze klachtonderdelen ongegrond zijn.

5.10. In *klachtonderdeel V* stelt Consument dat hij schade heeft geleden doordat Aangeslotene zich niet heeft gehouden aan de met Consument overeengekomen rentevergoeding op de door hem beheerde rekeningen. Consument stelt dat partijen hebben afgesproken dat voor alle beheerde rekeningen de rente zou worden berekend over het gehele beheerde vermogen inclusief de ervenrekeningen en verwijst ter onderbouwing van deze stelling naar de zich bij de aan de Commissie overgelegde stukken bevindende brief van een medewerker van Aangeslotene van 9 november 2005.

5.11. Uit deze hiervoor onder 3.4 geciteerde brief volgt naar het oordeel van de Commissie evenwel niet dat Aangeslotene heeft toegezegd dat ook voor andere dan de twee in de brief specifiek genoemde rekeningen het rentetarief zou worden gekoppeld aan het totale vermogen ten name van de ervenrekeningen en de eigen rekeningen van Consument. Aangeslotene was derhalve niet gehouden op andere dan die twee genoemde beleggingsrekeningen de in voornoemde brief afgesproken rentevergoeding te voldoen. Ook dit klachtonderdeel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

5.12. In *klachtonderdeel VI* verwijt Consument Aangeslotene dat zij Consument sinds 2004 geen formulieren voor terugvordering van buitenlandse bronbelasting heeft verstrekt. De Commissie stelt met betrekking tot dit klachtonderdeel vast dat Aangeslotene gemotiveerd heeft betwist dat Consument hierdoor schade heeft geleden. Aangeslotene heeft hiertoe aangevoerd dat Consument niet over de drempelbedragen voor teruggaaf zou zijn gekomen en ook bij tijdige indiening derhalve geen belastingteruggaaf zou hebben verkregen. In het licht van die gemotiveerde betwisting heeft Consument naar het oordeel van de Commissie onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die zijn stelling dat hij schade heeft geleden doordat hem geen terugvorderingsformulieren door Aangeslotene zijn verstrekt, onderbouwen. Voor zover Consument heeft aangevoerd dat hij in het verleden wél in aanmerking is gekomen voor teruggave van bronbelasting, merkt de Commissie op dat die opmerking onvoldoende is om aan te nemen dat Consument ook in de jaren 2004 en daarna voor teruggaaf in aanmerking zou zijn gekomen. Ook dit klachtonderdeel faalt derhalve.

5.13. Ook *klachtonderdeel VII*, waarin Consument zich beklaagt over het feit dat Aangeslotene zich niet heeft gehouden aan de door haar gedane toezegging om maximaal 4,2% hypotheekrente in rekening te brengen, wordt verworpen. Naar het oordeel van de Commissie heeft Consument - gelet op de betwisting van de zijde van Aangeslotene – onvoldoende gesteld om te onderbouwen dat door Aangeslotene een dergelijke toezegging is gedaan.

5.14. De meer algemene door Consument aangevoerde klachten over nalatigheid bij de begeleiding van de ervenrekeningen en tekortkomingen bij de uitvoering van de effectendienstverlening, waaronder de klacht dat Aangeslotene een betalingsopdracht verkeerd heeft uitgevoerd en heeft geweigerd de door Consument daardoor geleden schade

te vergoeden (klachtonderdeel VIII), heeft Consument eveneens onvoldoende concreet onderbouwd zodat aan een inhoudelijke beoordeling niet wordt toegekomen.
5.15. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven. Voor zover Consument zich voorts nog heeft willen beklagen over feiten die hiervoor onbesproken zijn gebleven, geldt dat hij daarover niet binnen bekwame tijd als bedoeld in artikel 6:89 BW heeft geklaagd en daarmee zijn recht ter zake heeft verwerkt. In zoverre slaagt het door Aangeslotene gedane beroep op rechtsverwerking.
5.16. Gelet op het voorgaande acht de Commissie zich niet bevoegd te oordelen aangaande de klacht van Consument over de beslissingen die Aangeslotene, al dan niet via A, heeft genomen als beheerder van het Market Neutral Fund . Ten aanzien van de overige gronden van de vordering van Consument moet deze worden afgewezen.

6. Beslissing

De Commissie verklaart zich ten aanzien van het uitvoeren door Aangeslotene van fondsbeheer onbevoegd daarover te oordelen en stelt voor het overige 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.