

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2016-283
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en J.C. Buiten, leden
en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 8 april 2015
Ingesteld door : Consument
Tegen : Today's Beheer & Brokers B.V., gevestigd te Amsterdam,
verder te noemen Today's
Datum uitspraak : 27 juni 2016
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Churning. Volgens de belegger is een onevenredig hoog bedrag in rekening gebracht wegens verrichte transacties; verder stelt de belegger dat het tarief voor execution only had moeten worden gehanteerd. Naar het oordeel van de Commissie is de vordering verjaard voor zover het de kosten betreft waarmee de belegger bekend is geworden in de periode tot december 2009. Verder is niet gebleken van churning en evenmin dat een tarief is gehanteerd dat in strijd was met de overeenkomst.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het ingevulde klachtformulier,
- de brief van Consument van 5 mei 2015,
- het verweerschrift van Today's,
- twee e-mails met bijlagen van Consument van 10 augustus 2015,
- de brief van Today's van 18 september 2015 en
- de e-mail van de secretaris van 13 april 2016, waarin wordt bevestigd dat Consument de uitspraak van de Commissie als bindend aanvaardt.

De Commissie stelt vast dat partijen haar advies als bindend aanvaardden.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 14 april 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft zich geabonneerd op een beleggingsdienst van een beursinformatie-bedrijf met de handelsnaam Beursfoon (hierna: Beursfoon). Deze beleggingsdienst houdt in dat de belegger wordt voorzien van aan- en verkoopsignalen conform de 'beursstrategie-methode'.

2.2 Consument en Today's hebben afgesproken dat Today's de uitvoering van de aan- en verkoopsignalen van Beursfoon op zich zou nemen. Zij hebben op 15 januari 2007 een overeenkomst gesloten waarin staat:

“(…) Vermogensbeheerovereenkomst

(…)

In deze overeenkomst wordt verstaan onder:

(…)

2. Opdracht/Volmacht

Cliënt geeft Vermogensbeheerder hierbij opdracht en verleent Vermogensbeheerder hierbij volmacht om namens Cliënt en voor diens rekening en risico het Beheer over het Vermogen uit te oefenen, welke opdracht en volmacht Vermogensbeheerder hierbij aanvaardt.

3. Wijze van Beheer

a. Vermogensbeheerder zal bij het uitoefenen van het Beheer steeds de vereiste zorgvuldigheid in acht nemen en daarbij naar beste kunnen met de belangen van Cliënt rekening houden.

b. Met inachtneming van het bepaalde in lid a en het bepaalde in artikel 4 van deze overeenkomst zal Vermogensbeheerder in het kader van het Beheer vrij zijn in de wijze van belegging en herbelegging van het Vermogen en zal hij steeds bevoegd zijn om bestaande waarden door andere te doen vervangen.

(…)

4. Doelstellingen/Beperkingen

a. Cliënt zal (...) een schriftelijke opgave verstrekken waarin de uitgangspunten en doelstellingen (...) ter zake van het Beheer van het Vermogen zijn omschreven, welke opgave als bijlage I aan deze overeenkomst zal worden gehecht.

(…)

Bijlage I

Uitgangspunten en doelstellingen van het beheer

Uitgangspunten van het beheer:

Het beheer zal volgens de zogenaamde Beursstrategie methode gaan. De handel volgens deze methode zal met behulp van geautomatiseerde handelssystemen plaatsvinden.

Geautomatiseerde handelssystemen zijn strategieën die door middel van objectieve variabele[n] een aan- en verkoopmoment bepalen. (...)

De vermogensbeheerder is niet verantwoordelijk voor de initiatie van de order, de vermogensbeheerder maakt gebruik van derde (in casus "Beursstrategie") (...). De cliënt kiest voor deze strategie, waarbij de vermogensbeheerder alleen de verantwoordelijkheid draagt voor de uitvoering en afwikkeling.

Resumerend: Today's (...) gaat op grond van deze Beursstrategie methode, het beheer verrichten over een deel van aan de cliënt toebehorende middelen. Today's (...) gaat op naam en voor rekening van de cliënt, orders doorgeven aan een andere effecteninstelling. Hij gaat orders uitvoeren op basis van de cliënt bekende signalen afkomstig van Beursstrategie. Today's Beheer ontvangt (net als cliënt) het signaal, legt de order voor cliënt in en controleert de afhandeling.

(...) Voorts verklaart de cliënt begrepen te hebben dat Today's (...) de signalen die gegenereerd worden door derden slechts uitvoert en beheert. (...)

Doelstellingen van het beheer:

De belegging zal gericht zijn op vermogensgroei op korte termijn met een zeer hoog speculatief karakter.

(...)

Bijlage 4

(...)

Vergoedingen:

De provisie tarieven van de in het kader van de door Vermogensbeheerder uit te voeren transacties uit hoofde van het beheer van het vermogen zijn voor rekening van Cliënt. Deze tarieven zijn aan u verstrekt en door u akkoord bevonden.

Voor overige diensten zal de Bank de gebruikelijke tarieven in rekening worden gebracht, welke ook aan u zijn verstrekt. (...)"

- 2.3 De effecten van Consument werden aangehouden op een rekening bij BinckBank N.V. (hierna: BinckBank). De waarde van de effectenportefeuille (afgerond) was € 141.200 bij aanvang in 2007, € 80.653 op 1 januari 2008, € 38.592 op 1 januari 2009, € 65.037 op 1 januari 2010, € 51.840 op 1 januari 2011 en € 60.937 op 1 januari 2012. Consument heeft de onderstaande bedragen aan kosten betaald (eveneens afgerond):

periode	bedrag kosten
2007	€ 20.389
2008	€ 40.849
2009	€ 4.343
2010	€ 2.974
2011	€ 2.019
2012	€ 3.168

3. Vordering, klacht en verweer

- 3.1 Consument vordert dat Today's wordt veroordeeld tot vergoeding van schade, door hem begroot op € 68.096,01 en te vermeerderen met wettelijke rente. Aan deze vordering legt hij ten grondslag dat Today's jegens hem toerekenbaar is tekortgeschoten door een onevenredig hoog bedrag – aanzienlijk meer dan 4% van het belegde bedrag – in rekening te brengen wegens verrichte transacties en door het tarief voor vermogensbeheer in plaats van dat voor execution only te hanteren.

- 3.2 Today's heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Beoordeling van het beroep op verjaring en artikel 6:89 BW

- 4.1 De Commissie zal beoordelen of Today's schadevergoeding dient te betalen. Daartoe zal worden onderzocht of Today's haar verplichtingen jegens Consument is nagekomen en zo nee, of dit tot schade heeft geleid die moet worden vergoed. Hierbij is van belang dat Today's een beroep heeft gedaan op verjaring en op artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

De Commissie zal deze twee verweren eerst beoordelen omdat, als een van deze verweren slaagt, zij niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering.

- 4.2 Voor de vordering tot schadevergoeding van Consument geldt op grond van artikel 3:310 lid 1 BW een verjaringstermijn van vijf jaar met ingang van de dag volgend op die waarop de benadeelde bekend is geworden met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. De schade van Consument bestaat uit kosten die in rekening zijn gebracht in 2007 tot en met 2012. Today's heeft in dit verband gesteld dat Consument, hoewel hij via de reguliere verslaglegging op de hoogte is gebracht over zijn beleggingen en daaruit heeft kunnen afleiden welke kosten gemoeid waren met de uitvoering van de door Beursfoon geïnitieerde orders, zich pas in december 2014 over de kosten heeft beklagd. Consument heeft niet betwist dat hij in die periode bekend was met de in rekening gebrachte kosten, zodat dit is komen vast te staan. Dit betekent dat Consument reeds in de periode 2007-2012 bekend is geweest met de schade – de volgens hem te hoge kosten – en ook met de daarvoor aansprakelijk te stellen persoon (namelijk Today's).
- 4.3 Op grond van artikel 3:316 en 317 BW kan de claimende partij het verstrijken van een verjaringstermijn op verschillende manieren voorkomen: door zijn claim aan de rechter voor te leggen in een gerechtelijke procedure of door aan de wederpartij een aanmaning of andere schriftelijke mededeling te zenden waarin hij zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Het is echter niet gebleken dat Consument zulke maatregelen eerder heeft genomen dan in december 2014, toen hij zich bij Today's over de kosten heeft beklagd. Daaruit volgt dat de verjaringstermijn is verstreken ten aanzien van een deel van de kosten, te weten die kosten die vóór december 2009 aan Consument in rekening zijn gebracht en vermeld in de reguliere verslaggeving (periodieke portefeuilleoverzichten e.d.) die Consument heeft ontvangen.
- 4.4 Today's heeft zich ook beroepen op artikel 6:89 BW. In dit artikel staat dat een schuldeiser geen beroep meer kan doen op een gebrek in een prestatie als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar heeft geprotesteerd. Uit rechtspraak van de Hoge Raad (zie onder meer het arrest van 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600) blijkt echter dat, als het effectendienstverlening betreft, de klachttermijn pas gaat lopen wanneer de cliënt eventueel na deskundig onderzoek bekend wordt of behoort te zijn met het tekortschieten van de dienstverlener en dat, bij de beoordeling van een beroep op artikel 6:89 BW, van groot belang is of de dienstverlener nadeel lijdt door het tijdsverloop tussen de ontdekking van zijn tekortkoming en het moment waarop is geprotesteerd. Today's heeft echter niet inzichtelijk gemaakt of en zo ja in welk opzicht zij als gevolg van dit tijdsverloop enig nadeel heeft geleden. Dit betekent dat het beroep op artikel 6:89 BW onvoldoende is onderbouwd en zal worden afgewezen.

Beoordeling van de vraag of er sprake was van churning en of een onjuist tarief is gehanteerd

- 4.5 Hiervoor is gebleken dat het beroep op artikel 6:89 BW wordt verworpen en dat het beroep op verjaring niet opgaat voor een deel van de schade, namelijk die kosten waarmee Consument bekend is geworden in de periode vanaf december 2009. Ten aanzien van dit deel van de kosten zal worden beoordeeld of Today's jegens Consument is tekortgeschoten.
- 4.6 Consument stelt dat Today's is tekortgeschoten door een onevenredig hoog bedrag – aanzienlijk meer dan 4% van het belegde bedrag – in rekening te brengen wegens verrichte transacties. Consument doelt hiermee op het verbod op 'churning', neergelegd in artikel 84 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: Bgfo). Op grond van dit voorschrift dient een beleggingsonderneming zich te onthouden van het uitvoeren van transacties voor rekening van cliënten met een zodanige frequentie of van een zodanige omvang dat dit gezien de omstandigheden kennelijk slechts strekt tot bevoordeling van de beleggingsonderneming, tenzij sprake is van transacties waarvoor de cliënt op eigen initiatief uitdrukkelijk opdracht heeft gegeven. Naar het oordeel van de Commissie is in het voorliggende geval geen sprake van gedragingen als bedoeld in artikel 84 Bgfo; Today's heeft immers erop gewezen dat zij geen invloed had op de frequentie, hoeveelheid, keuze en kwaliteit van orders ten aanzien van de effecten van Consument, in die zin dat de orders door Beursfoon werden geïnitieerd en Today's zelf uit eigen beweging geen effecten voor Consument heeft gekocht.
- 4.7 Verder stelt Consument dat niet het juiste tarief in rekening is gebracht. Hij voert aan dat de overeenkomst met Today's het karakter had van execution only en dat Today's om die reden niet het tarief van vermogensbeheer had mogen hanteren. In dit standpunt kan Consument echter niet worden gevolgd. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat Today's een tarief heeft gehanteerd dat in strijd was met de overeenkomst die Consument en Today's hebben ondertekend. Verder heeft Today's ter zitting aangevoerd dat het tarief van de transactiekosten marktconform was. De Commissie acht dit laatste aannemelijk, waarbij zij afgaat op de door Consument overgelegde bankafschriften en de daarin vermelde bedragen.
- 4.8 Gezien het voorgaande zal de vordering van Consument worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.