

Beslissing d.d. 2 februari 2005 van de Tuchtcommissie DSI

(Mr. C.J.B. Ebeling (voorzitter), Prof. Mr. R.E. van Esch, drs. A.J.J.C.M. Loonen)

1. Het verloop van de procedure

1.1 Bij de Tuchtcommissie is via de directie van het Dutch Securities Institute, nader te noemen "DSI", een klachtrapport binnengekomen, gedateerd 20 juli 2004. Dit rapport betreft gedragingen van Verweerder, die naar de mening van DSI in strijd zijn met de Gedragscode van het DSI, in het bijzonder artikel 7.1.1 t/m 7.1.5, 7.2.1 en 7.2.2 van het Algemeen Reglement.

1.2 De Tuchtcommissie heeft de zaak op 27 juli 2004 in behandeling genomen. Verweerder is uitgenodigd schriftelijk verweer te voeren en heeft dit middels verweerschrift van 21 augustus 2004 gedaan. Verweerder is tevens uitgenodigd voor de zitting van de Tuchtcommissie 4 november 2004, en is ter zitting verschenen. De zaak werd na deze mondelinge behandeling aangehouden en vervolgd op 20 december 2004. Ook bij deze zitting was Verweerder aanwezig, ditmaal vergezeld van zijn raadvrouw.

1.3 Van de zijde van het DSI was bij de mondelinge behandeling aanwezig de heer Mr. J.R.F. Veendijk. De Commissie bestond uit de heer Mr. C.J.B. Ebeling (voorzitter), de heer Prof. Mr. R.E. van Esch en de heer drs. A.J.J.C.M. Loonen. De Commissie heeft beraadslaagd, de behandeling van de zaak gesloten en zal thans beslissen.

2. Onderwerp van de klacht

2.1 De klacht is vervat in het klachtenrapport van 20 juli 2004 en bevat de volgende elementen.

2.2 De werkgever van Verweerder (de "Werkgever") heeft DSI een zogenaamde incidentmelding gezonden waarbij de werkgever een voorbehoud maakt ten aanzien van de deskundigheid en integriteit van Verweerder. De voorbehouden betroffen de volgende twee zaken: (i) verweerder heeft zonder toestemming van Werkgever bij één klant een afwijkende provisieberekening toegepast; (ii) Verweerder heeft voor adviesklanten van werkgever vermogensbeheer uitgevoerd zonder vermogensbeheerovereenkomst of toestemming van Werkgever.

2.3 DSI baseert zich primair op de gemaakte voorbehouden door Werkgever en acht naar aanleiding van het door DSI uitgevoerd onderzoek het aannemelijk dat afwijkende provisieberekening is toegepast zonder toestemming van de Werkgever en acht het aannemelijk dat feitelijk vermogensbeheer heeft plaatsgevonden zonder een daaraan ten grondslag liggende cliëntenovereenkomst.

2.4 DSI stelt zich op het standpunt dat de handelingen van Verweerder in beide zaken niet stroken de Gedragscode van DSI, in het bijzonder de artikelen genoemd onder 1.1. van deze beslissing, en verzoekt de Tuchtcommissie Verweerder een boete op te leggen van EUR 750 en een schorsing van drie maanden, althans één van de maatregelen als bedoeld in artikel 13.11 van het Algemeen Reglement, zodanig als de Commissie in overeenstemming acht met de ernst van de gedragingen.

3. Het verweerschrift

3.1 Verweerder heeft op 21 augustus 2004 schriftelijk verweer tegen de klacht gevoerd. Zakelijk samengevat stelt Verweerder hierin het volgende:

3.2 Verweerder heeft niet aan vermogensbeheer gedaan, doch slechts aan beleggingsadvisering. De betrokken klant (het feitencomplex heeft slechts betrekking op één klant) heeft voor alle orders opdracht en toestemming gegeven, waarbij wel eens een meer dan normaal tijdsverschil tussen de opdrachtverlening door de relatie en de uitvoering van de opdracht heeft gezeten. Toch duidt een groot tijdsverschil niet per definitie op vermogensbeheer.

3.3 Verweerder wijst op de verklaring van de betrokken klant dat alleen de klant en niemand anders de opdrachten heeft gegeven.

3.4 Volgens de interne regels van de Bank Y zijn er wel degelijk mogelijkheden om een afwijkende positie te berekenen. Zo wordt gewezen op interne regels waarbij de adviseur tot 20% korting mag geven en daarboven toestemming gevraagd moet worden, doch dat ook op deze regel vaak uitzonderingen zijn toegestaan. Verweerder wijst in dit verband op correctie van orders van klanten door middel van franco nota's en terugboekingsrapporten.

3.5 Verweerder heeft de betrokken klant als account gehouden ook al hoorde de klant qua beleggingsvermogen in een ander team thuis. Aangezien dit andere team de klant 'lastig' vond is deze klant niet overgenomen.

3.6 Verweerder heeft op geen enkele wijze persoonlijk voordeel gehad van het al dan niet verrichten van vermogensbeheer, noch door toepassing van transactieberekeningen in het voordeel van de relatie.

3.7 Tenslotte wijst Verweerder op het feit dat Werkgever reeds intern disciplinaire maatregelen heeft genomen.

3.8 De conclusie zou moeten zijn dat de klacht moet worden afgewezen of van het opleggen van een maatregel door de Commissie moet worden afgezien.

4. De mondelinge behandeling

De mondelinge behandeling van deze zaak heeft plaatsgevonden op 4 november 2004 en is vervolgd op 20 december 2004.

4.1 Tijdens de eerste mondelinge behandeling licht de heer Veendijk de klacht verder toe aan de hand van een pleitnota die hierin is opgenomen.

Inleiding

1. Bank Y te Amsterdam, de werkgever van de heer X, heeft bij brief van 6 februari 2004 - in verband met artikel 2 lid 2 (5e gedachtenstreepje) van het Deelnemersreglement DSI - een incident gemeld bij DSI. Vervolgens heeft DSI de heer X gehoord en nader onderzoek verricht. Dit heeft op 20 juli 2004 geresulteerd in een klacht bij de Tuchtcommissie DSI.

2. De stukken die ten grondslag liggen aan de klacht veronderstel ik bekend bij uw commissie. Ik zal in deze pleitnotitie de kernpunten nogmaals kort weergeven en kom vervolgens tot een conclusie.

Inhoud van de klacht

3. De heer X heeft voor een klant dagposities ingenomen op de AEX. Voor het openen van deze optieposities werd provisie berekend; voor het sluiten niet. Voor deze afwijkende provisieberekening had verweerder geen toestemming van de werkgever.

4. In de tweede plaats heeft de heer X vermogensbeheer uitgevoerd terwijl dat niet mocht plaatsvinden, aangezien er geen vermogensbeheer-overeenkomst aan ten grondslag lag. Voorts had de heer X geen toestemming van de werkgever om vermogen te beheren.

Nadere onderbouwing

5. Hieronder zal DSI ingaan op de “acht punten” van de heer X in zijn verweerschrift van 21 augustus 2004.

6. 6.1. DSI merkt op dat de heer X erkent dat hij op een afwijkende wijze provisie heeft berekend. DSI betwist - bij gebrek aan wetenschap - dat in 2002 en 2003 bij emissies en/of overzettingen in BankY-producten franco opdrachten mochten worden ingevoerd. Bovendien was te allen tijde toestemming van de werkgever vereist. DSI betwist dat de afwijkende provisie-berekening door de werkgever werd gedoogd.

6.2. Bij vermogensbeheer is het de beheerder die (op grond van een volmacht) de beslissingen neemt over het al dan niet uitvoeren van opdrachten. Kennelijk was er in de relatie tussen de heer X en de klant wel een vorm van vooroverleg (of: beheer met beperkingen op de omvang van de transacties). In ieder geval heeft de klant niet voor elke order apart opdracht gegeven, hetgeen de heer X (onder punt 5) met zoveel woorden heeft erkend.

6.3. Een groot tijdsverschil tussen het geven van de opdracht door de klant en de uitvoering duidt volgens DSI op vermogensbeheer. Wellicht is de onderhavige relatie begonnen als adviesrelatie, maar is deze langzaam overgegaan naar een beheerrelatie.

6.4. Volgens DSI is aannemelijk dat de heer X feitelijk aan vermogensbeheer heeft gedaan: de heer X erkent impliciet dat de klant niet voor elke transactie opdracht heeft gegeven.

6.5. De heer X erkent dat hij mogelijk vermogensbeheer heeft uitgevoerd en dat hij mogelijk niet correct heeft gehandeld.

6.6. In eerste instantie heeft de klant verklaard dat hij op de hoogte was van alle transacties en dat hij daarvan bericht kreeg. Een en ander duidt volgens DSI op beheerafspraken.

6.7. Altijd was toestemming van de werkgever vereist. DSI betwist dat de afwijkende provisie-berekening door de werkgever werd gedoogd.

6.8. DSI heeft een eigen onderzoek uitgevoerd en uit de conclusies van het onderzoek spreekt wel degelijk een eigen oordeel. DSI heeft geen beslissingen “in tijdnood” genomen.

7. DSI acht het aannemelijk dat de heer X ongeautoriseerd vermogensbeheer heeft verricht. De heer X kan in redelijkheid niet volhouden dat hij niet onoorbaar heeft gehandeld.

8. De heer X heeft naar de opvatting van DSI onvoldoende afstand van zijn daden genomen en heeft

geen blijk gegeven van inzicht in het afkeurenswaardige van zijn gedragingen. De heer X dient op de hoogte te zijn van de (interne) instructies en afspraken en dient zich daarnaar te gedragen. Een schorsing voor de duur van drie maanden, in combinatie met een geldboete acht DSI derhalve een passende maatregel.

Conclusie

Samenvattend concludeer ik dat voldoende is komen vast te staan dat de heer X ongeautoriseerd vermogensbeheer heeft uitgevoerd en dat hij een afwijkende provisieberekening heeft toegepast, zonder dat hij daarvoor toestemming had. DSI handhaaft derhalve haar klacht tegen de heer X.

4.2 Aansluitend zijn ter zitting – zakelijk samengevat – de volgende vragen gesteld en verklaringen afgelegd.

- De heer Loonen vraagt naar verduidelijking van de opmerking van de klant dat tijdens diens afwezigheid de opdrachten altijd keurig zijn afgehandeld. De heer X legt uit dat de klant zo nu en dan opdrachten gaf om wanneer de index een bepaalde stand had, de opties te verhandelen, doch dat dit niet betekent dat de order meteen wordt afgehandeld en ook enige tijd tussen opgeven van de order en de uitvoering daarvan kan zitten.

- De heer van Luyn vraagt om verduidelijking van de klacht, met name of het stelselmatig overtreden van de provisierekening betreft. De heer Veendijk bevestigt namens DSI dat het niet gaat om stelselmatige overtreding en de klacht moet worden opgevat dat het gaat om afwijkende kortingen boven het niveau waaronder de account manager zelfstandig tot korting mag overgaan. Dit mede in het licht van de interne richtlijnen van Bank Y met berekking tot kortingafspraken.

4.3 Tijdens de tweede mondelinge behandeling van de zaak zijn twee getuigen (de “Collega’s”), door de Commissie opgeroepen, en de (ex-)leidinggevende (de “Leidinggevende”) van Verweerder, door DSI daartoe uitgenodigd, allen gehoord. Ter zitting zijn – zakelijk samengevat – de volgende vragen gesteld en verklaringen afgelegd:

- De Collega’s bevestigen de interne richtlijnen van Bank Y met betrekking tot het geven van kortingen boven het percentage van 20%;
- Naar aanleiding van de vragen van de Commissie hoe de Collega’s orders zien waarbij de klant aangeeft wat hij wil en onder welke voorwaarden, doch de order door omstandigheden pas later kan worden uitgevoerd, verklaren de Collega’s dat zij dit niet als vermogensbeheer zien. Eén van de Collega’s tekent hierbij aan dat men hiermee echter wel voorzichtig moet omgaan;
- Beide Collega’s verklaren dat zij geen wetenschap hebben van enig onrechtmatig of onreglementair handelen van Verweerder gedurende de periode dat deze als adviseur werkzaam was;
- De Collega’s geven aan dat de bewuste klant wellicht eigenlijk niet bij Verweerder thuishoorde doch bij wholesale, en als lastig bekend stond;
- Eén van de Collega’s bevestigt naar aanleiding van een vraag van de Commissie dat soms ook orders via mobiele telefoon binnenkomen.

Vervolgens beschrijft Leidinggevende kort het door de afdeling Corporate Investigations van Werkgever uitgevoerde onderzoek, doch kan hierover niet uit persoonlijke wetenschap een verklaring afleggen. De betrokken onderzoeker van Werkgever was helaas ook bij de tweede mondelinge behandeling verhinderd (de Leidinggevende geeft aan de reden hiervan niet te weten) doch heeft de Leidinggevende geïnformeerd over de gang van zaken. De Leidinggevende beschrijft de afwijking van de kortingsregeling en geeft daarbij aan dat tijdens het onderzoek een, voor de Werkgever, ernstiger

feit naar boven kwam dan slechts de interne overtreding van de bevoegdhedenmatrix op het gebied van de kortingen, zijnde het uitvoeren van vermogensbeheer.

- Naar aanleiding van vragen van de Commissie geeft Leidinggevende aan dat naar zijn mening de discussie over limietenorders met een langere looptijd irrelevant is aangezien er geen vermogensbeheercontract was en dat door Verweerder zonder de cliënt vooraf te informeren, transacties waren uitgevoerd en dat dit de kern is;
- Dat de bewuste klant wèl om toestemming vooraf gevraagd zou zijn, blijkt niet uit de opgenomen telefoongesprekken, waarbij door de Commissie aangetekend wordt dat mobiele telefoongesprekken bij de Werkgever niet worden opgenomen, doch dat in principe niet orders per mobiele telefoon mogen worden doorgegeven. De Leidinggevende beschikte niet over transcripts van de opgenomen telefoongesprekken;
- De Leidinggevende bevestigt dat bij de Werkgever bij het uitvoeren van een boekingscorrectie niet altijd aan de interne bevoegdhedenmatrix de hand wordt gehouden, aangezien dan de klant wordt benadeeld;
- De Leidinggevende deelt mede dat hij vijf jaar leidinggevende is geweest van Verweerder en dat dit het enige geval is geweest dat geconstateerd is en in dit geval naar zijn mening Verweerder kennelijk geen weerstand heeft kunnen bieden aan de druk van de bewuste klant. Leidinggevende kan geen ander motief bedenken dat voor een adviseur aanleiding zou kunnen zijn om toch vermogensbeheer uit te voeren.

5. De beoordeling van de klacht

5.1 Uit de stukken, de afgelegde verklaring voor zover wederzijds erkend althans niet of onvoldoende betwist en het overige ter zitting behandelde, is het volgende komen vast te staan.

5.2 Voldoende is aangetoond dat Verweerder voor één klant de bevoegdhedenmatrix van de Werkgever heeft overtreden. Naar de mening van de Commissie is onvoldoende aangetoond dat Verweerder voor de bewuste klant vermogensbeheer heeft verricht, aangezien niet is aangetoond dat het transacties betrof waarover de klant na uitvoering werd geïnformeerd zonder initiële opdracht, al dan niet onder voorwaarden. Daarnaast is ook hier sprake van het handelen ten aanzien van één klant.

5.2 De bewezen overtreding betreft een incidentele schending van een interne bevoegdhedenmatrix. De Commissie heeft in het verleden reeds eerder geoordeeld dat het niet aan de Tuchtcommissie is een oordeel te geven over schending van interne regels (zoals bijvoorbeeld goedkeuringsprocedures), wanneer deze regels niet een integriteitsbeschermende functie hebben en de relevante schending zich niet stelselmatig heeft voorgedaan.

5.3 Voor de Tuchtcommissie zijn er derhalve geen gronden om aan te nemen dat de klacht van DSI ten aanzien van het handelen in strijd met de DSI-Gedragscode, gegrond zou zijn.

6. De beslissing

6.1 De Tuchtcommissie DSI wijst de klacht af.