

Bindend advies van de Geschillencommissie DSI (DSI GC 2018-01) d.d. 18 juli 2019 in het geschil tussen [Onderneming A] en Stichting DSI.

prof. mr. dr. K.W.H. Broekhuizen (voorzitter), mr. S.A. Boele en mr. R.K. Pijpers (leden), waarbij mr. M.L.M.N. Heltzel als secretaris optrad. Deze uitspraak is tot stand gekomen met inachtneming van de bepalingen van het DSI Geschillenreglement.

1. Het verloop van de procedure

- 1.1 De Geschillencommissie heeft een beroepschrift d.d. 25 juni 2018 van [Onderneming A] ontvangen. Dit beroepschrift heeft betrekking op de afwijzing d.d. 29 mei 2018 van Stichting DSI (“**DSI**”) van het deelnameverzoek van [Onderneming A].
- 1.2 DSI is bij brief van 12 november 2018 uitgenodigd schriftelijk verweer te voeren en DSI heeft dit verweer op 14 januari 2019 aan de Geschillencommissie doen toekomen.
- 1.3 Op 17 mei 2019 heeft de zitting plaatsgevonden. De bestuurders van [Onderneming A] (de heer X en de heer Y) zijn verschenen en werden bijgestaan door de heer Lageweg als gemachtigde. Namens DSI zijn verschenen mr. M.A. van der Lecq en mr. M. Bijleveld.
- 1.4 Ter zitting hebben [Onderneming A] en DSI hun standpunten nader toegelicht aan de hand van pleitnotities. Voorts hebben beide partijen vragen van de Geschillencommissie beantwoord.
- 1.5 De Geschillencommissie heeft hierna beraadslaagd en de behandeling van de zaak gesloten.

2. Korte samenvatting van de feiten

- 2.1 [Onderneming A] heeft op 29 september 2017 een deelnameverzoek ingediend bij DSI.
- 2.2 Op 22 januari 2018 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen DSI en [Onderneming A] naar aanleiding van het deelnameverzoek.
- 2.3 Het gesprek van 22 januari 2018 had met name betrekking op het arrest van het Hof Amsterdam van 15 november 2016 inzake [Onderneming B]. [Onderneming B] is in dat arrest veroordeeld tot betaling van een bedrag van circa € 300.000 wegens schending van de bijzondere zorgplicht jegens een belegger.

- 2.4 [Onderneming B] heeft niet voldaan aan de betalingsverplichting zoals die is opgelegd door het Hof Amsterdam.
- 2.5 De bestuurders van [Onderneming A] (de heer X en de heer Y) zijn in het verleden bestuurder geweest bij [Onderneming B].
- 2.6 DSI meent dat [Onderneming A] een zogenaamde ‘doorstart’ is van [Onderneming B].
- 2.7 DSI heeft bij brief van 29 mei 2018 het deelnameverzoek van [Onderneming A] afgewezen.

3. Het beroep van [Onderneming A]

- 3.1 [Onderneming A] stelt dat DSI ten onrechte het deelnameverzoek van [Onderneming A] heeft afgewezen.
- 3.2 DSI baseert zich in haar brief van 29 mei 2018 op onjuiste informatie, aldus [Onderneming A]. [Onderneming A] is geen ‘doorstart’ van [Onderneming B], maar betreft een vennootschap die reeds in 1997 is opgericht. De heer X is sinds oktober 2011 bestuurder van [Onderneming A] en de heer Y sinds mei 2014. Dat is dus ruim voordat [Onderneming B] in maart 2017 noodgedwongen haar activiteiten heeft gestaakt.
- 3.3 De heer Y was bovendien geen bestuurder van [Onderneming B] in de periode (1998–2011) waarop het arrest van het Hof Amsterdam betrekking heeft.
- 3.4 [Onderneming A] voldoet aan alle formele inschrijvingsvereisten zoals opgenomen in artikel 3 van het DSI Deelnemersreglement. [Onderneming A] beschikt over een vergunning van de AFM en beide bestuurders zijn door de AFM en DNB getoetst op geschiktheid en betrouwbaarheid.
- 3.5 De afwikkeling van [Onderneming B] is in overleg met de AFM en DNB geschied. [Onderneming B] heeft verder te allen tijde voldaan aan de vermogenseisen die gesteld worden in het Besluit prudentiële regels Wft. Ook is er aan de onderneming nimmer vermogen onttrokken door de bestuurders van [Onderneming B]. De bestuurders van [Onderneming B] waren bovendien slechts gedeeltelijk en indirect aandeelhouder van [Onderneming B].
- 3.6 Het enkele feit dat [Onderneming B] niet aan de veroordeling van het Hof Amsterdam heeft kunnen voldoen, betekent niet dat de bestuurders van [Onderneming B] in onvoldoende mate maatregelen hebben genomen en zich niet hebben gehouden aan de beginselen van zorgvuldigheid en professionaliteit zoals vastgelegd in de DSI Gedragscode.

- 3.7 Bij [Onderneming B] is geen sprake van betalingsonwil, maar enkel van betalingsonmacht. Het is de bestuurders van [Onderneming B] niet gelukt om de aandeelhouders van [Onderneming B] – of andere investeerders – te overtuigen om het kapitaal van [Onderneming B] aan te vullen om op die wijze aan de betalingsverplichting uit het arrest van het Hof Amsterdam te kunnen voldoen.
- 3.8 Het Hof Amsterdam heeft [Onderneming B] ook niet volledig aansprakelijk gehouden, maar heeft geoordeeld dat 50% van de schade voor vergoeding in aanmerking komt (de andere 50% komt voor rekening van de belegger). De rechtbank had in eerste aanleg geoordeeld dat [Onderneming B] niet aansprakelijk was. Om deze reden werd de waarde van de claim in de jaarrekening van [Onderneming B] op nihil vastgesteld.
- 3.9 De norm die DSI nu lijkt te hanteren, betreft enkel de vraag of voldaan is aan een opgelegde schadevergoedingsverplichting. Het voldoen van een geldbedrag is echter niet bepalend voor de vraag of personen of ondernemingen integer zijn.

4. Het verweer van DSI

- 4.1 Nadat [Onderneming B] haar Wft-vergunning ingeleverd heeft, heeft DSI op 28 augustus 2017 de deelname van [Onderneming B] beëindigd. Een maand later, op 29 september 2017, ontving DSI een deelnameverzoek van [Onderneming A]. [Onderneming A] kent dezelfde twee bestuurders als [Onderneming B]. Daarnaast is [Onderneming A] op hetzelfde adres als [Onderneming B] gevestigd. Er dient daarom door de constructie van de rechtspersoon 'heen gekeken' te worden.
- 4.2 DSI heeft op 11 december 2017 aangegeven het deelnameverzoek pas in behandeling te kunnen nemen nadat de financiële afwikkeling tussen [Onderneming B] en de gedupeerde belegger op een voor beide partijen toereikende wijze heeft plaatsgevonden. [Onderneming A] heeft op 22 januari 2018 nog een mondelinge toelichting gegeven en vervolgens is het deelnameverzoek door DSI op 29 mei 2018 afgewezen.

- 4.3 Uit het arrest van het Hof Amsterdam van 15 november 2016 blijkt dat er door [Onderneming B] op verschillende punten ernstige fouten zijn gemaakt bij de dienstverlening aan een belegger. Nu niet is gebleken van structurele tekortkomingen, is er naar het oordeel van DSI onvoldoende aanleiding om de medewerkers van [Onderneming B] een tuchtrechtelijk verwijt te maken. Dat neemt echter niet weg dat op de bestuurders van [Onderneming B] de verantwoordelijkheid rust om het arrest van het Hof Amsterdam na te leven.
- 4.4 De bestuurders van [Onderneming B] – en thans [Onderneming A] – waren gehouden zich maximaal in te spannen om het belang van de beleggers te dienen. [Onderneming B] heeft echter nagelaten om preventieve maatregelen te nemen om zich in te dekken tegen de mogelijke risico's van een claim. Het is onzorgvuldig om beleggingsdiensten aan te bieden of te verlenen zonder over een vangnet te beschikken.
- 4.5 Nu de kwestie zoals die speelde bij het Hof Amsterdam nog niet heeft geleid tot een acceptabele oplossing, meent DSI dat het niet verantwoord is dat [Onderneming A] of medewerkers van [Onderneming A] zich profileren met het DSI keurmerk. Het met lege handen achterlaten van een gedupeerde belegger zou leiden tot een beëindiging van de registratie door DSI op grond van artikel 4.2.4 van het DSI Deelnemersreglement. Nu om die reden niet van DSI verwacht kan worden dat zij de registratie van [Onderneming B] zou laten voortduren, kan ook niet van DSI verwacht worden dat zij het deelnameverzoek van [Onderneming A] honoreert. Van doorslaggevend belang daarbij is dat [Onderneming A] op het moment van het deelnameverzoek zeer grote gelijkens met [Onderneming B] vertoonde.
- 4.6 Weliswaar beschikt [Onderneming A] over een vergunning van de AFM en zijn beide bestuurders door de AFM en DNB getoetst, maar dat betekent nog niet dat zij zich op grond daarvan ook kunnen laten registeren bij DSI. De AFM beslist wie beleggingsdiensten mag aanbieden of verlenen. DSI stelt voor registratie van haar deelnemers echter aanvullende eisen op het gebied van deskundigheid en integriteit.
- 4.7 [Onderneming A] heeft niet aan alle vereisten voor registratie voldaan zoals bedoeld in artikel 3.5 van het DSI Deelnemersreglement. Nu [Onderneming A] en [Onderneming B] grote gelijkens vertonen, kan [Onderneming A] enkel toegelaten worden nadat het geschil van [Onderneming B] met de belegger in redelijkheid is opgelost.

5. De beoordeling van het geschil

- 5.1 De Geschillencommissie constateert dat de afwijzing van het deelnameverzoek van [Onderneming A] enkel gebaseerd is op het feit dat [Onderneming B] (nog) niet heeft voldaan aan de schadevergoedingsplicht die is opgelegd door het Hof Amsterdam in zijn arrest van 15 november 2016.
- 5.2 De Geschillencommissie constateert verder dat hoewel het Hof Amsterdam tot het oordeel is gekomen dat sprake is van een schending van de bijzondere zorgplicht, deze schending naar het oordeel van DSI geen tuchtrechtelijk verwijt jegens de bestuurders of voormalige medewerkers van [Onderneming B] met zich brengt. Ook het niet voldoen aan de door het Hof Amsterdam opgelegde betalingsverplichting brengt geen tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen met zich, volgens DSI. Nu geen sprake is van een tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen ontstaat er geen situatie waarin het redelijkerwijs niet van DSI gevergd kan worden dat zij [Onderneming A] als deelnemer toelaat.
- 5.3 DSI kent geen verzekeringsplicht voor haar deelnemers tegen mogelijke aansprakelijkheidsstellingen. Tijdens de zitting op 17 mei 2019 heeft DSI aangegeven dat een aanzienlijk deel van haar deelnemers geen aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten. Kennelijk verwijt DSI [Onderneming B] dus niet dat sprake is van een zorgplichtschending, maar enkel dat niet voldaan kan worden aan de door het Hof Amsterdam opgelegde betalingsverplichting.
- 5.4 DSI meent dat het onzorgvuldig is om beleggingsdiensten aan te bieden of te verlenen ‘zonder over een vangnet te beschikken’. De Geschillencommissie constateert echter dat door DSI niet bij alle deelnemers die niet ‘over een vangnet beschikken’ de registratie beëindigd wordt. Kennelijk is daar alleen sprake van als het risico op een betalingsverplichting zich daadwerkelijk gerealiseerd heeft.
- 5.5 De Geschillencommissie komt tot het oordeel dat het afwijzen van het deelnameverzoek door DSI alleen als kennelijke doel heeft om [Onderneming A] te dwingen om een schuld van een andere vennootschap te voldoen. Weliswaar kent die vennootschap dezelfde bestuurders als [Onderneming A], maar dat brengt niet met zich dat DSI door het afwijzen van het deelnameverzoek kan forceren dat [Onderneming A] een schuld van een andere vennootschap voldoet. Hetgeen DSI heeft aangevoerd is ook overigens onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat door de vennootschap [Onderneming A] moet worden ‘heengekeken’.

5.6 Geconcludeerd moet dan ook worden dat DSI niet terecht het deelnameverzoek van [Onderneming A] tot opname in het deelnemersregister heeft geweigerd.

6. De beslissing

6.1 De Geschillencommissie wijst het beroep toe.

6.2 Er wordt geen proceskostenveroordeling opgelegd.