

**Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-335
d.d. 22 september 2014
(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en J.C. Buiter, leden en
mr. M.J.M. Fennis, secretaris)**

Samenvatting

Vermogensbeheer. De belegger stelt dat de portefeuille te offensief is ingericht. Naar het oordeel van de Commissie is niet tijdig geklaagd in de zin van artikel 6:89 BW. Daarbij is van belang dat de belegger reeds in 2009 duidelijk was geworden dat de portefeuille risicovoller was dan hij wenste. Voorts was hij in 2009 bekend geworden met verwijtbaar handelen van de vermogensbeheerder evenals het verzaken van de zorgplicht die op een vermogensbeheerder rust. De belegger heeft zich echter pas vier jaar daarna bij de vermogensbeheerder beklagd over het gevoerde beleggingsbeleid.

Consument,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Wilgenhaege Vermogensbeheer B.V., gevestigd te Hoofddorp, 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, ontvangen op 3 december 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.

De Commissie stelt voorts vast dat beide partijen het advies van de Commissie als niet-bindend zullen aanvaarden.

De Commissie doet, conform het in artikel 37.7 van haar reglement bepaalde, het geschil af op de stukken.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. Consument en Aangeslotene hebben op 20 januari 2005 een overeenkomst van vermogensbeheer gesloten (hierna: de beheerovereenkomst), op grond waarvan Aangeslotene een effectenportefeuille zou inrichten en beheren conform het profiel 'behoudend beheer'.

- 3.2. In de loop van 2008 zijn grote verliezen geleden op, althans hebben zich grote koersdalingen voorgedaan in, de door Aangeslotene beheerde portefeuille.
- 3.3. Stichting Wilgenhaege Verlies is begin 2009 opgericht en heeft in totaal vier e-mails aan alle cliënten van Aangeslotene verzonden. In de e-mails is onder meer opgenomen:
“Het bestuur heeft inmiddels al enig onderzoek laten verrichten door een tweetal advocatenkantoren. Op basis van hun voorlopige bevindingen menen die advocaten dat WGH in sommige gevallen meer risico’s heeft genomen dan verantwoord was en niet steeds in het belang van haar cliënten heeft gehandeld. Het van Wilgenhaege wel gehoorde verweer dat zij zich steeds aan de afspraken in de met u gesloten overeenkomst heeft gehouden treft niet altijd doel. De met u gemaakte afspraken dienen effectief bij te dragen aan invulling van de op WGH rustende zorgplicht.”
- 3.4. Naar aanleiding van deze e-mails heeft Consument op 6 mei 2009 telefonisch overleg gevoerd met de accountmanager van Aangeslotene. In dit telefoongesprek zijn onder meer aan de orde geweest de e-mails die Consument van Stichting Wilgenhaege Verlies had ontvangen. Consument heeft de overeenkomst op 17 juni 2011 beëindigd.
- 3.5. Op 25 februari 2013 heeft Consument een klacht voorgelegd aan Aangeslotene over haar dienstverlening:
“Op 21 januari 2005 heb ik een overeenkomst tot vermogensbeheer getekend (bijlage 1). In januari 2013 is mij gebleken dat Wilgenhaege verwijtbaar én in strijd met deze beheersovereenkomst heeft gehandeld. In de periode waarop dit klaagschrift betrekking heeft (2007 tot en met 2011) ontbeerde ik de kennis om zelfstandig te kunnen inzien dat er sprake was van verwijtbaar handelen en verzaken van de zorgplicht. Pas in januari 2013 werd het mij duidelijk, o.a. via berichten op internet, dat het enorme verlies dat ik bij Wilgenhaege leed niet alleen aan de kredietcrisis te wijten was.”
- 3.6. In haar brief van 25 april 2013 heeft Aangeslotene op de klacht van Consument gereageerd en medegedeeld geen aanleiding te zien voor een ‘tegemoetkoming’ naar aanleiding van het geleden koersverlies.

4. Geschil

- 4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot schadevergoeding. Hij stelt schade te lijden door de waardedaling van de portefeuille, begroot op € 193.952,- en te vermeerderen met wettelijke rente. Aan deze vordering legt hij ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen:
 - I. door onvoldoende actie te ondernemen om de portefeuille te beschermen tegen forse koersdalingen;
 - II. door te veel risicovolle effecten in de portefeuille op te nemen;
 - III. door te verzuimen de portefeuillesamenstelling te corrigeren in reactie op de publiciteit over de IJslandse economie en over Lehman Brothers;
 - IV. doordat de precontractuele informatieverstrekking ontoereikend is geweest;
 - V. doordat de verslaglegging over de asset verdeling van het vermogen niet aansloot bij de classificaties uit de beheersovereenkomst;
 - VI. doordat er sprake is geweest van belangenverstrengeling, in die zin dat producten van Aangeslotene zelf in de portefeuille zijn opgenomen;

- 4.2 Aangeslotene heeft primair een beroep op niet-ontvankelijkheid gedaan en vervolgens meer inhoudelijk de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

5. Beoordeling

5.1 Beroep op artikel 6:89 BW

Aangeslotene stelt dat Consument niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd zoals vereist op grond van artikel 6:89 BW. Zij stelt dat Consument eerst in 2013 bij haar heeft geklaagd, terwijl hij de daarvoor relevante omstandigheden al veel eerder had ontdekt of had moeten ontdekken.

- 5.2 Artikel 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken bij de schuldenaar heeft geprotesteerd. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip waarop bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest vormt een belangrijke, maar op zichzelf beschouwd niet doorslaggevende factor bij de beoordeling van een beroep op artikel 6:89 BW. Ook kan van belang zijn of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. Verschillende omstandigheden kunnen dus van belang zijn.

- 5.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd gesteld dat zij in haar bewijspositie is benadeeld en verder dat Consument gedurende het beheer weliswaar zijn ongerustheid heeft geuit, maar geen duidelijke en concrete klacht heeft ingediend over het gevoerde beheer; naar de Commissie begriipt wordt met dit laatste bedoeld dat Aangeslotene, door het pas laat indienen van de klacht, is aangetast in haar mogelijkheid tot beperking van de gevolgen van de gestelde tekortkoming. Dit komt de Commissie niet onaannemelijk voor, gelet op alle hieronder nader te benoemen omstandigheden van het geval.

- 5.4 De Commissie overweegt als volgt. Naar de kern genomen wordt geklaagd over ondeugdelijk beheer, in die zin dat volgens Consument in strijd met de overeenkomst de portefeuille te risicovol is ingericht en dat onvoldoende rekening is gehouden met zijn beperkte risicobereidheid. Naar het oordeel van de Commissie had Consument hierover eerder moeten klagen. Uit het dossier is gebleken dat het hem reeds in 2009 duidelijk is geworden dat de portefeuille risicovoller was ingericht dan hij wenste. Vast staat dat Consument begin 2009 e-mails heeft ontvangen van Stichting Wilgenhaege Verlies, waarin het verwijtbaar handelen van Aangeslotene als mogelijkheid aan de orde is gekomen, evenals het verzaken van de zorgplicht die op een vermogensbeheerder rust.

- 5.5 Uit het dossier is gebleken dat Consument naar aanleiding van de e-mails van Stichting Wilgenhaege Verlies overleg heeft gevoerd en er vervolgens aanvankelijk vanaf heeft gezien een klacht tegen Aangeslotene in te dienen.

- 5.6 In het licht van de in overweging 4.4 vermelde omstandigheden is niet te begrijpen en in elk geval niet te rechtvaardigen dat Consument niet reeds medio 2009 – eventueel na nader onderzoek - bij Aangeslotene heeft geklaagd. Dit geldt temeer nu in de betreffende e-mails het vermeend verzaken van de op Aangeslotene rustende zorgplicht aan de orde komt, welke zorgplicht de kern van de onderhavige klacht is.

- 5.7 Daarbij heeft Consument geen concrete feiten of omstandigheden gesteld die verklaarbaar maken dat Consument pas in 2013 is gaan klagen. Voorts is van belang dat Consument, door niet eerder zijn beklag te doen, Aangeslotene de mogelijkheid heeft ontnomen de portefeuille-inrichting op de door hem gewenste wijze aan te passen en te grote risico's daaruit te ecarteren. Gelet daarop is de Commissie van oordeel dat Consument eerder had moeten klagen dan vier jaar nadat hem in 2009 duidelijk was geworden dat de portefeuille risicovoller was ingericht dan zou zijn overeengekomen. Een dergelijke periode van vier jaar is in de omstandigheden van het geval niet als een redelijkerwijs noodzakelijke termijn voor beraad te beschouwen.
- 5.8 Dit betekent dat het beroep op artikel 6:89 BW slaagt. De Commissie komt niet toe aan een verdere beoordeling van de klacht en de vordering zal worden afgewezen.

6. Beslissing

De Commissie wijst als niet-bindend advies de vordering af.

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 kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.