Beslissing Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-293 d.d. 24 oktober 2013
(mr. J. Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en R.H.G. Mijné, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Consument,

tegen

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 van 27 november 2012;
- de brief van Consument van 27 november 2012 met bijlagen;
- de brief van Consument van 12 december 2012;
- de verklaring van Consument het advies van de Geschillencommissie als niet bindend te aanvaarden, ondertekend 6 februari 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst 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 het reglement bepaalde, onderhavig geschil af op stukken.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Na ondertekening van een daartoe strekkende overeenkomst is op 21 december 2005 tussen partijen een beleggingsrelatie op basis van vermogensbeheer tot stand gekomen waarbij een "Behoudend Beheer" risicoprofiel is overeengekomen. In dat kader heeft Aangeslotene een rekening voor Consument geopend met nummer 0.

2.2. In januari 2007 is een gelijksoortige overeenkomst tot stand gekomen waarin tevens de namen van de kinderen van Consument zijn vermeld. Aangeslotene heeft in dit kader een rekening met nummer 00 geopend.

2.3. In de (gelijkluidende) overeenkomsten is onder meer en voor zover hier van belang het volgende opgenomen:

"Hoofdstuk 1
Beleggingsbeleid Behoudend
Doel:
Het beleggingsbeleid is gericht op het genereren van een hoog direct inkomen uit het belegde vermogen bij een laag koersrisico van de portefeuille
Asset Allocation:
Deze doelstellingen worden nagestreefd door middel van een spreiding van de portefeuille over verschillende asset categorieën. Deze categorieën beslaan, maar zijn niet noodzakelijkerwijs beperkt tot aandelen, preferente aandelen, staatsleningen en leningen van de lokale overheden en de waterschapsbank, converteerbare obligaties, reverse convertibles, bedrijfobligaties, speciaal gestructureerde notes (zoals click- en garantiefondsen), hedgefunds, vastgoedaandelen en liquiditeiten.
Derivaten:
Derivaten kunnen op een defensieve manier worden toegepast, gericht op het afdekken van koersrisico's, het creëren van extra inkomen dan wel het met een beperkte investering innemen van posities. (…)
Risico:
Het beheer van de portefeuille is gericht op het genereren van positieve rendementen op de lange termijn, bestaande uit direct inkomen en te realiseren koerswinsten. Dit wordt nagestreefd door het vermogen op een defensieve manier in de verschillende assets te beleggen en risico's waar nodig af te dekken. Het is echter mogelijk dat de waarde van de beleggingen daalt als gevolg van koersdalingen van de effecten. (…)
Hoofdstuk 3
Specificatie beperkingen
Er zijn geen beperkingen opgegeven anders dan in hoofdstuk 1 opgenomen beleggingsbeleid. (…)
Hoofdstuk 7
Algemene bepalingen (…)
2. Wijze van Beheer
2.1 Beheerder 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. (…)
4.2.
De Cliënt verklaart:
a) zich bewust te zijn van de risico's verbonden aan de beleggingen, welke met inachtneming van de doelstellingen van dit vermogensbeheer en de kwantitatieve en kwalitatieve beperkingen zullen worden verricht en
b) deze risico's te aanvaarden. (…)
7. Aansprakelijkheid
7.1
Beheerder zal deze overeenkomst te goeder trouw en naar beste kunnen uitvoeren. Beheerder zal niet aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van waardevermindering en/of door Cliënt geleden verliezen of welke andere oorzaak dan ook, behalve indien komt vast te staan dat de schade een rechtstreeks gevolg is van een verwijtbare tekortkoming van Beheerder bij de uitvoering van deze overeenkomst met bijlagen; in dat geval is de aansprakelijkheid van de Beheerder begrensd op een bedrag dat gelijk is aan maximaal het beheerloon over 2 kalenderjaren, berekend over de waarde van de beleggingen op het moment van de (mogelijke) toerekenbare tekortkoming. (…)"

2.4. Het te beleggen vermogen bedroeg bij aanvang van het beheer van rekening 0 € 70.000.
Aan deze portefeuille is gedurende het gevoerde beheer € 55.547,10 onttrokken.
Het te beleggen vermogen bedroeg bij aanvang van het beheer van rekening 00

€ 36.506,62. Gedurende het beheer is € 1.561,73 aan deze portefeuille toegevoegd en is er € 5.066,40 aan onttrokken.

2.5. Aangeslotene heeft in beide portefeuilles belegd in aandelen, in bedrijfs- en staatsobligaties, vastgoed en gestructureerde producten, zoals zogenoemde Pentastrikes.

2.6. Consument heeft in mei 2009, respectievelijk september 2009 te kennen gegeven dat hij de beheersovereenkomsten wenste te beëindigen. De portefeuilles zijn niet op dat moment geliquideerd. Nadat eind 2011 de laatste stukken uit rekening 0 waren verkocht, heeft Consument deze rekening op 9 januari 2012 daadwerkelijk opgezegd. Rekening 00 wordt nog aangehouden. Daarin bevinden zich claims op stukken Landsbanki Island en Lehman Brothers UK.

2.7. De waarde van beide portefeuilles is tijdens de periode van beheer afgenomen. Consument heeft Aangeslotene op 27 oktober 2011 schriftelijk aansprakelijk gesteld voor het geleden verlies. Aangeslotene heeft bij brief van 29 december 2011 meegedeeld van mening te zijn dat Consument niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd. Daarbij heeft zij niet gewezen op de mogelijkheid de klacht aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening voor te leggen. Consument heeft dit per brief van 19 januari 2012 gedaan.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, begroot op € 20.794. Consument vordert tevens vergoeding van de wettelijke rente vanaf de dag dat hij zijn klacht aan Aangeslotene heeft voorgelegd.

3.2. De Commissie begrijpt dat Consument aan zijn vordering ten grondslag legt dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit hoofde van de vermogensbeheerovereenkomsten dan wel onrechtmatig jegens Consument heeft gehandeld. Daartoe voert Consument kort en zakelijk weergegeven het volgende aan:

i. Aangeslotene heeft geen actie ondernomen om de portefeuilles tegen (forse) koersdalingen te beschermen door risico's af te dekken;
ii. Aangeslotene heeft teveel effecten (perpetuele leningen, vastgoed, garantieproducten) met grote risico's in de portefeuilles opgenomen terwijl Consument uit mocht gaan van een behoudend beleggingsbeleid;
iii. Aangeslotene heeft nagelaten corrigerend op te treden toen voor haar duidelijk diende te zijn dat Landsbanki en Lehman obligaties niet langer binnen de behoudend beheer portefeuilles pasten;
iv. Aangeslotene heeft in het kader van de (precontractuele) informatie verstrekking verzuimd en (in weerwil van artikel 4:20 Wft) van een aantal effecten de specifieke risico's voor te leggen;
v. De verslaglegging over de assetverdeling van het vermogen sluit niet aan bij de classificaties die in de overeenkomst werden onderscheiden waardoor het onmogelijk was het gevoerde beleid te toetsen aan de afgesproken limieten;

vi. Door producten in de portefeuilles op te nemen die mede door Aangeslotene zelf ontwikkeld waren en posities te nemen in producten waarvoor zij een vergoeding ontving is er sprake van belangenverstrengeling.

3.3. Op de stellingen die Aangeslotene tot verweer heeft opgeworpen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

Ontvankelijkheid. Reglement, groepsactie

4.1.1. Aangeslotene heeft primair een beroep gedaan op artikel 14.1 aanhef en sub c van het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: het Reglement) aangezien er haars inziens sprake is van een groepsactie als bedoeld in voornoemd artikel. Consument heeft hiertegen aangevoerd dat de klachten betrekking hebben op schade die hijzelf heeft geleden en door hemzelf op individuele basis zijn voorgelegd aan het Kifid. Gelet op deze onweersproken gebleven stelling verwerpt de Commissie het beroep van Aangeslotene op voornoemde bepaling.

Ontvankelijkheid. Klachtplicht, artikel 6:89 BW

4.1.2. Subsidiair heeft Aangeslotene gesteld dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen omdat Consument niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd in de zin van artikel 6:89 BW. Nadat hij het gebrek in de prestatie van Aangeslotene had ontdekt dan wel had moeten ontdekken heeft Consument zich immers pas in 2011 beklaagd over verliezen die reeds in 2008 waren geleden.

4.1.3. Artikel 6:89 BW houdt in dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. Hierbij neemt de Commissie in ogenschouw dat ook van belang is of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat 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 of is voldaan aan de vereisten van artikel 6:89 BW. Aangeslotene heeft in dit verband gemotiveerd gesteld benadeeld te zijn in haar bewijspositie en daarnaast dat zij is aangetast in haar mogelijkheid de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. Dit komt de Commissie gelet op alle omstandigheden van het geval niet onaannemelijk voor.

4.1.4. Daarmee verweer slaagt het verweer. De Commissie moet aannemen dat onvrede met het tot dan toe gevoerde beheer de (rechtstreekse) aanleiding voor deze opzegging van de overeenkomsten in mei en september 2009 is geweest. Voor zover de stellingen van Consument aldus begrepen moeten worden dat hij toen nog niet bekend was met alle (juridische) gronden waarop hij Aangeslotene aansprakelijk kon stellen, is de Commissie van oordeel dat een periode van (veel) meer dan twee jaar in de omstandigheden van het geval niet als een redelijkerwijs noodzakelijke termijn voor beraad is te beschouwen. Een en ander klemt in dit geval temeer omdat de Consument in een brief van 19 januari 2012 heeft opgemerkt:

"Natuurlijk hadden ondergetekenden klachten over de gebrekkige dienstverlening van (Aangeslotene). Om die reden hebben wij vanaf 2007 (Aangeslotene) de opdracht gegeven de portefeuilles af te bouwen."
De periode gelegen tussen die kennelijke ontdekking van het gebrek in de prestatie en het voorleggen van een daarop betrekking hebbende klacht bij Aangeslotene acht de Commissie te lang, en bovendien is niet onaannemelijk dat Aangeslotene hierdoor nadeel heeft ondervonden. Aldus heeft Consument niet binnen bekwame tijd geklaagd. Het verweer van Aangeslotene dat Consument niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd slaagt derhalve.

4.1.5. Gelet op de voorgaande overwegingen concludeert de Commissie dat Consument niet ontvankelijk is in zijn klacht. De overige stellingen betreffende de ontvankelijkheid behoeven mitsdien geen behandeling meer. Aan de inhoudelijke beoordeling van de klacht van Consument komt de Commissie niet toe.

5. Beslissing

De Commissie verklaart Consument niet-ontvankelijk in zijn verzoek om klachtbehandeling.

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.