Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-166 d.d. 16 april 2014
(prof.mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en G.J.P. Okkema, leden en mr. M.J.M. Fennis, secretaris)

Samenvatting

Vermogensbeheer. Het verweer van Aangeslotene dat de Commissie dat de klacht niet in behandeling kan nemen omdat Consument niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd in de zin van artikel 6:89 BW slaagt. De periode gelegen tussen de kennelijke ontdekking van het gebrek in de prestatie en het voorleggen van een daarop betrekking hebbende klacht bij Aangeslotene acht de Commissie te lang. Bovendien is het niet onaannemelijk is dat Aangeslotene hierdoor nadeel heeft ondervonden.

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 van 28 augustus 2013 met klachtomschrijving en bijlagen;
- 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 haar reglement bepaalde, dit 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 7 september 2004 tussen partijen een beleggingsrelatie op basis van vermogensbeheer tot stand gekomen. Daarbij is een "Behoudend" risicoprofiel overeengekomen. Ten behoeve van Consument is er een beleggingsrekening geopend.

2.2. In de overeenkomst 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, bedrijfsobligaties, 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.
Het vermogen zal, binnen de volgende bandbreedtes, naar inzicht van de beheerder, worden belegd:

Effect	Minimum	Maximum
Aandelen (incl. preferente aandelen)	0%	30%
Converteerbare obligaties	0%	30%
Reverse convertibles	0%	25%
Bedrijfsobligaties	0%	60%
Staatsobligaties	0%	60%
Vastgoedaandelen	0%	25%
Defensieve optiestrategieën	0%	40%
Special Structured Notes	0%	25%
Futures	0%	0%
Hedgefunds	0%	30%
Cash	0%	100%

(…)
Hoofdstuk 3
Specificatie beperkingen
(als bedoeld in artikel 3 van hoofdstuk 7 van de overeenkomst)
Er zijn geen beperkingen opgegeven. (…)
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. (…)"

2.3. Consument heeft op 18 september 2004, bij het aangaan van de overeenkomst, een vragenlijst ingevuld ter vaststelling van het cliëntenprofiel. Op 3 september 2007 heeft Consument opnieuw een dergelijke vragenlijst ingevuld en aan Aangeslotene geretourneerd. Consument heeft op deze lijst van de vier door Aangeslotene aangeboden beleggingsprofielen aangekruist zich het meest te herkennen in 'Behoudend'.

2.4. Op 17 december 2009 heeft Consument de vermogensbeheerovereenkomst opgezegd. Gedurende de periode van beheer heeft Consument in totaal € 510.187,23 in beheer gegeven. In totaal is er € 66.934,16 aan de portefeuille onttrokken. De waarde van de portefeuille is tijdens de periode van beheer afgenomen.

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

2.6. Consument heeft Aangeslotene op 15 januari 2013 schriftelijk aansprakelijk gesteld voor het geleden verlies in de periode van 1 januari 2007 tot en met ultimo januari 2010.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, begroot op € 65.306. Consument vordert tevens vergoeding van de wettelijke rente vanaf de dag dat hij zijn klacht aan Aangeslotene heeft voorgelegd. Consument heeft uitdrukkelijk aangegeven dat het verlies op de vastgoedfondsen Stedekroon en Propertunity geen deel uitmaakt van de gevorderde schadevergoeding.

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 portefeuille 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 portefeuille 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 portefeuille pasten;
iv. Aangeslotene heeft in het kader van de (precontractuele) informatie verstrekking verzuimd en (in weerwil van artikel 4:20 Wet op het financieel toezicht) 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 portefeuille 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

Klachtplicht, artikel 6:89 BW

4.1. Aangeslotene heeft 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 Burgerlijk Wetboek (hierna BW). Nadat hij het gebrek in de prestatie van Aangeslotene had ontdekt dan wel had moeten ontdekken heeft Consument zich immers pas in 2013 beklaagd over verliezen die reeds in 2008 waren geleden onder een overeenkomst die ook in 2009 al was beëindigd.

4.2. 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 ter zake 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 hieronder nader te benoemen omstandigheden van het geval niet onaannemelijk voor. Het verweer slaagt dan ook.

4.3. In de kern ziet de klacht van Consument er immers op dat Aangeslotene over de periode van 1 januari 2007 tot en met ultimo januari 2010 te risicovol heeft belegd en dat zij onvoldoende rekening heeft gehouden met zijn profiel. De Commissie is van oordeel dat Consument zich hierover eerder had dienen te beklagen bij Aangeslotene, bij voorkeur al tijdens het beheer, maar in ieder geval niet al te lang nadat hij de beheerovereenkomst in december 2009 wegens ontevredenheid over de resultaten beëindigde. Consument heeft, door zijn klacht eerst in 2013 aan Aangeslotene voor te leggen, derhalve te laat geklaagd. Een belangrijke rol speelt daarbij dat hij door niet eerder zijn beklag te doen Aangeslotene de mogelijkheid heeft ontnomen de portefeuille aan te passen aan het profiel dat volgens Consument wel had moeten gelden en/of de te grote risico's daaruit te ecarteren. Nu Consument heeft gesteld dat Aangeslotene in de periode van januari 2007 tot en met ultimo januari 2010 niet conform afspraak heeft gehandeld, is het naar het oordeel van de

Commissie moeilijk te begrijpen waarom Consument niet heeft uitgelegd om welke reden hij daarvan destijds geen melding van zou hebben kunnen doen. De stelling van Consument dat hij pas nadat hij kennis had genomen van internetberichten over de mogelijkheid Aangeslotenen juridisch aan te spreken, is onvoldoende gemotiveerd. Dit leidt de Commissie tot het oordeel dat Consument zich eerder bij Aangeslotene had dienen te beklagen dan drie jaar na opzegging van het beheer. 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 meer dan drie jaar in de omstandigheden van het geval niet als een redelijkerwijs noodzakelijke termijn voor beraad is te beschouwen.

4.4. Resumerend is de Commissie van oordeel dat het verweer van Aangeslotene slaagt. Zij komt aan een verdere beoordeling van de klacht van Consument niet toe.

5. Beslissing

De Commissie wijst, bij niet bindend advies, de klacht van Consument 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.