Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-276 d.d. 18 juli 2014
(mr. J. Wortel, voorzitter, en prof. drs. A.D. Bac RA en J.C. Buiter, leden en mr. D.M.A. Gerdes, 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 het de belegger reeds in 2008 duidelijk is geworden dat de portefeuille risicovoller was ingericht dan hij wenste, terwijl hij pas drie jaar daarna bij de vermogensbeheerder heeft geklaagd.

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 ondertekende vragenformulier met bijlagen, ontvangen op 10 april 2013;
- het verweerschrift met bijlagen;
- de repliek met bijlagen;
- de dupliek met bijlagen; en
- de pleitnotitie van Aangeslotene.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen haar advies als niet-bindend aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 15 mei 2014 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Consument en Aangeslotene hebben op 5 januari 2007 een overeenkomst van vermogensbeheer gesloten (hierna: de beheerovereenkomst), op grond waarvan Aangeslotene een effectenportefeuille zou inrichten en beheren conform het profiel ‘behoudend beheer’.
2.2 Op 22 januari 2008 heeft de heer [X], werkzaam bij Aangeslotene, aan Consument gemaild:

"(…) Naar aanleiding van het telefonisch onderhoud met uw vrouw wil ik graag even reageren om enige ongerustheid weg te nemen en nu niet in deze markten die volstrekt overtrokken zijn bepaalde beslissingen te nemen en daardoor uw gerealiseerd verlies dan te gaan nemen.
De geruststelling is dat binnen uw portefeuille voor 2/3 aan vastrentende waarden is belegd. Deze zijn door de kredietcrisis onder hun nominale waarde gekomen. Tussentijdse koersschommelingen maken niet veel uit, per jaar ontvangt u hieruit couponrente en zekerheid dat einde looptijd van de obligaties de koers altijd weer op 100% nominaal komt. (…)
Wij hebben tevens anderhalve week tegen neerwaartse markt positie genomen in een AEX put note welke er voor zorgt het koersverlies op de aandelen te dempen. Zoals u kunt zien in de markt loopt deze positie in de goede richting. (…)"

2.3 Bij brief van 4 juli 2008 heeft Aangeslotene aan Consument geschreven:

"(…) U heeft aangegeven dat u bepaalde aandelen uit uw depot wilt verkopen, namelijk:
Logitech Intl
TNT NV
Inditex
Reckitt Benckiser Gr Plc
Heineken NV
Accell Group
Op uw verzoek zijn wij overgegaan tot de verkoop van de genoemde effecten. (…)"

2.4 In de loop van 2008 hebben partijen afgesproken dat aan- en verkopen in de portefeuille alleen na overleg met Consument zouden plaatsvinden. In dat kader heeft [X] op 31 juli 2008 aan Consument gemaild:

"(…) Nogmaals bedankt voor het aangenaam onderhoud van gistermorgen (…). Wij hebben afgesproken dat er telefonisch contact wordt opgenomen zodra er zich aan nieuwe producten een toegevoegde waarde t.b.v. uw portefeuille zal voordoen.
Op uw verzoek doe ik u de beschrijving van de volgende obligaties toekomen t.w.:
Hutchison Whampoa is een van de grootste ondernemingen van Azië met een omzet van 31 miljard dollar. De retailactiviteiten zijn goed voor ongeveer een derde daarvan. (…) Andere hoofdactiviteiten van dit bedrijf richten op havens en daaraan gerelateerde diensten (…).
PPR (…) is een internationaal opererend detail- en luxewarenconcern. Bedrijfsonderdeel Gucci Group is de nummer drie wereldwijd op het gebied van luxeartikelen. De groep heeft tien grote modemerken in haar portefeuille (…). (…)"

2.5 Op 8 november 2011 heeft Consument aan Aangeslotene gemaild:

"(…) Bijgaand stuur ik u de link naar de website van Kifid (…). Het beleggingsprofiel van ons was ook behoudend. (…) Wat betreft Stedekroon en Propertunity ben ik ervan op de hoogte dat een gedeelte van de portefeuille mag bestaan uit aandelen in vastgoed. De vraag rijst echter of de gekozen produkten (Stedekroon en Propertunity) [voldoen] aan het beleggingsprofiel "behoudend". Ik ben van mening van niet (…). (…)"

2.6 Consument heeft zich bij brief van 9 november 2011 bij Aangeslotene beklaagd over haar dienstverlening:

"(…) Begin 2007 hebben wij ons kapitaal aan uw organisatie toevertrouwd om ons vermogen op te bouwen. Wij hebben toen met u afgesproken dat het beleggingsbeleid behoudend (zie Beheerovereenkomst) zou zijn. Wij zijn [van] mening dat u onze belangen om een aantal redenen niet goed hebt behartigd en hebben daardoor schade geleden. Middels deze brief

stellen wij u aansprakelijk voor de schade die wij hebben geleden. Wij zullen in een later stadium onze klacht nader motiveren. (…)"

2.7 Aangeslotene heeft bij e-mail van 9 december 2011 op de klacht van Consument gereageerd en medegedeeld geen aanleiding te zien voor een 'tegemoetkoming' naar aanleiding van het geleden koersverlies.

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot schadevergoeding. De te vergoeden schade, die volgens Consument ongeveer € 15.000 bedraagt, bestaat uit enkele posten: de waardedaling van de portefeuille, begroot op € 10.190,44, de sinds april 2008 betaalde beheersvergoeding en wettelijke rente. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen:

(a) door de portefeuille risicovoller in te richten dan bij aanvang was afgesproken; en
(b) door hem ontoereikend voor te lichten over de kenmerken en risico's van de vastgoedfondsen Propertunity en Stedekroon.

3.2 Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Ontvankelijkheid

4.1 Volgens Aangeslotene is Consument niet-ontvankelijk omdat de klacht niet is ingediend binnen de termijn van artikel 15 van het reglement. Zij stelt dat Stichting Wilgenhaege Verlies (hierna: WGH) in 2009 in totaal vier e-mails aan alle cliënten van Aangeslotene heeft gezonden. Verder stelt zij dat de Commissie reeds in juni 2010 uitspraken op de website van Kifid heeft gepubliceerd die tot Aangeslotene herleidbaar waren en bovendien met vermelding van de naam van Aangeslotene door diverse kranten en beleggerswebsites zijn besproken. Volgens Aangeslotene hadden deze e-mails van WGH en de genoemde uitspraken van de Commissie aanleiding voor Consument moeten zijn om zich te beraden over de uitvoering van de beheerovereenkomst. Tegen dit verweer heeft Consument ingebracht dat hij pas tot klagen is overgegaan naar aanleiding van een brief van Aangeslotene van 19 oktober 2011 over Stedekroon en Propertunity en dat hij eerder niet bekend was met de bedoelde uitspraken van de Commissie; ook heeft Consument betwist dat hij de bedoelde e-mails van WGH heeft ontvangen. Vervolgens zijn door Aangeslotene geen voldoende specifieke feiten of omstandigheden gesteld waaruit volgt dat Consument de e-mails van WGH heeft ontvangen of dat hij reeds vóór eind 2011 met de bedoelde uitspraken van de Commissie bekend was of had moeten zijn, zodat dit niet is komen vast te staan. Dit verweer wordt daarom verworpen.

Beroep op artikel 6:89 BW

4.2 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 2011 bij haar heeft

geklaagd, terwijl hij de daarvoor relevante omstandigheden al veel eerder had ontdekt of had moeten ontdekken.
4.3 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. Hierbij is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd; 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.
4.4 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 begrijpt 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.
4.5 De Commissie overweegt als volgt. Naar de kern genomen wordt geklaagd over ondeugdelijk beheer, in die zin dat volgens Consument 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 diverse omstandigheden blijkt immers dat het hem reeds in 2008 duidelijk is geworden dat de portefeuille risicovoller was ingericht dan hij wenste. Vast staat immers dat in de loop van 2008 is afgesproken dat aan- en verkopen alleen na overleg met Consument mochten plaatsvinden. Ook blijkt uit de brief van Consument van 17 november 2011 (klacht bij de Commissie, bijlage 14) dat hij in juli 2008 heeft overwogen de gehele portefeuille te verkopen en vervolgens, na overleg met Aangeslotene, heeft besloten alleen de aandelen te verkopen. Uit deze brief van 17 november 2011 blijkt ook dat Consument in oktober-november 2008 heeft vernomen dat de handel in de vastgoedfondsen Stedekroon en Propertunity was stopgezet en dat hij hierover zeer verbaasd was, omdat hij op 30 juli 2008 de portefeuille met [X] had doorgenomen en tijdens dit gesprek er niet op was gewezen dat deze stukken niet op de beurs werden verhandeld en dat Aangeslotene ‘de mogelijkheid had om de handel stop te zetten’.
4.6 In het licht van de in overweging 4.5 vermelde omstandigheden is moeilijk te begrijpen waarom Consument niet reeds eind 2008 hierover bij Aangeslotene had kunnen klagen. Dit geldt temeer omdat geen concrete feiten of omstandigheden zijn gesteld die verklaarbaar maken dat Consument pas in 2011 is gaan klagen. Daarbij 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 drie jaar nadat hem in 2008 duidelijk was geworden dat dat de portefeuille risicovoller was ingericht dan hij wenste. Een dergelijke periode van drie jaar is in de omstandigheden van het geval niet als een redelijkerwijs noodzakelijke termijn voor beraad te beschouwen.

4.7 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.

5. 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.