Niet-Bindende Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-286 d.d. 23 juli 2014
(mr. J. Wortel, voorzitter, en prof. mr. M.L. Hendrikse en G.J.P. Okkema, 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 beheer in 2009 is beëindigd, terwijl de belegger zich pas drie jaar daarna bij de vermogensbeheerder heeft beklaagd 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 ondertekende vragenformulier met bijlagen, ontvangen op 29 januari 2013;
- het verweerschrift met bijlagen;
- de repliek; en
- de dupliek met bijlagen.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen haar advies als niet-bindend aanvaarden. Verder stelt de Commissie vast dat dit geschil zich leent voor schriftelijke afdoening als bedoeld in artikel 37.7 van haar reglement.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Consument heeft een deel van zijn vermogen ondergebracht in de vennootschap [X] B.V., die in deze procedure als klaagster optreedt (hierna: [X]).
2.2 [X] en Aangeslotene hebben op 23 februari 2007 een overeenkomst tot vermogensbeheer gesloten (hierna: de beheerovereenkomst), op grond waarvan Aangeslotene een effectenportefeuille zou inrichten en beheren conform het profiel ‘behoudend beheer’.

2.3 Op 16 januari 2009 hebben [X] en Aangeslotene hun rechtsverhouding omgezet in een adviesrelatie en daartoe een overeenkomst ondertekend, geheten 'Overeenkomst tot deelname beleggingsproducten'.

2.4 Bij brief van 23 januari 2009 heeft [Consument] namens [X] aan Aangeslotene geschreven:

> "(…) In vervolg op ons telefonisch onderhoud van 16 januari 2009 bevestigen wij u als onderstaand. Wij geven hierbij opdracht (…) de bestaande portefeuille [..1..], waaraan een beheerovereenkomst ten grondslag ligt, om te zetten in de door u aangeboden portefeuille onder het regime van advies. Zoals u heeft aangegeven gelden onder het advies-regime de volgende kenmerken:
> De portefeuille blijft ongewijzigd online inzichtelijk (…).
> Portefeuille-mutaties vinden uitsluitend plaats na en volgens opdracht van [X] B.V.
> Aankopen binnen de portefeuille beperken zich tot aankopen op aanvraag. (…)
> Achtergrond (…) van de omzetting van beheer naar advies:
> De door u aangegeven beperking van de beschikkingsmacht over de portefeuille, met name ter zake van verkoopopdrachten van vermogensbestanddelen, in tegenstelling naar ons oordeel tot de redactie van artikel 10 van de beheerovereenkomst.
> Het naar ons oordeel ten opzichte van Hoofdstuk 1 van de beheerovereenkomst afwijkend gevoerde "Beleggingsbeleid Behoudend". (…)"

2.5 Op 30 oktober 2011 heeft [Consument] namens [X] aan Aangeslotene gemaild:

> "(…) In vervolg op ons telefonisch onderhoud van 21 oktober j.l. inzake de portefeuilleposities hebben wij besloten vooralsnog geen actie te ondernemen.
> Inmiddels hebben wij de stukken ontvangen t.a.v. de inventarisatie cliëntgegevens/profiel, telefonisch opgenomen door uw collega. In dit gesprek hebben wij uitdrukkelijk aangegeven gepensioneerd te zijn, dat het beleggingskapitaal bestaat uit pensioenkapitaal t.b.v. pensioeninkomen en dat uit dien hoofde zo veilig mogelijk (…) belegd dient te worden.
> Rubriek 1, beleggingsdoel mist het doel van reeds ingegaan pensioen, c.q. vermogensgroei van pensioenkapitaal t.b.v. reeds ingegaan pensioen en ter zake van pensioenadvies wordt aangegeven profiel I of II. Het toegezonden risicoprofiel geeft echter profiel IV weer, nagenoeg de hoogste risicocategorie! Wij zullen deze stukken dan ook niet tekenen. (…)"

2.6 [X] heeft zich bij brief van 4 januari 2012 bij Aangeslotene beklaagd over haar dienstverlening.

3. Geschil

3.1. [X] vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot schadevergoeding. Zij stelt schade te lijden door de waardedaling van de portefeuille, begroot op € 68.138,78 en te vermeerderen met wettelijke rente. Aan deze vordering legt zij ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen:

(a) door onvoldoende actie te ondernemen om de portefeuille te beschermen tegen forse koersdalingen;
(b) door te veel risicovolle effecten in de portefeuille op te nemen;
(c) door te verzuimen de portefeuillesamenstelling te corrigeren in reactie op de publiciteit over de IJslandse economie en over Lehman Brothers;
(d) doordat de precontractuele informatieverstrekking ontoereikend is geweest;

(e) doordat er sprake is geweest van belangenverstrengeling, in die zin dat producten van Aangeslotene zelf in de portefeuille zijn opgenomen;
(f) door eind 2008 en begin 2009 instructies van [X] tot het verrichten van effectentransacties niet uit te voeren, terwijl zij daartoe gehouden was op grond van artikel 10 van de beheerovereenkomst; en
(g) door in 2011 een te offensief risicoprofiel vast te leggen.

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

4. Beoordeling

Ontvankelijkheid

4.1 Aangeslotene stelt dat [X] niet-ontvankelijk is omdat deze klacht deel uitmaakt van een groepsactie als bedoeld in artikel 14.1 aanhef en onder c van het reglement. [X] heeft hiertegen ingebracht dat zij deze procedure persoonlijk voert. Aangeslotene heeft niet op deze betwisting gereageerd, terwijl ook uit overgelegde stukken niet duidelijk wordt op welke wijze de procedure van [X] samenhangt met die van andere consumenten. Gelet daarop wordt dit verweer verworpen.

Beroep op artikel 6:89 BW

4.2 Aangeslotene stelt dat [X] niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd zoals vereist op grond van artikel 6:89 BW. Zij stelt dat [X] eerst in 2012 bij Aangeslotene heeft geklaagd terwijl zij de omstandigheden waarover ze nu klaagt, reeds in 2008 heeft ontdekt of had moeten ontdekken en het beheer reeds in 2009 is beëindigd.

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 zij is aangetast in haar mogelijkheid tot beperking van de gevolgen van de gestelde tekortkoming. Voor zover de klacht betrekking heeft op het gevoerde beheer komt dit de Commissie niet onaannemelijk voor, gelet op alle hieronder nader te benoemen omstandigheden van het geval.

4.5 De Commissie constateert dat in klachtonderdeel (a) tot en met (f) naar de kern genomen wordt geklaagd over ondeugdelijk beheer, in die zin dat volgens [X] de portefeuille te risicovol is ingericht en onvoldoende rekening is gehouden met haar beperkte risicobereidheid. Naar het oordeel van de Commissie had [X] hierover eerder bij Aangeslotene moeten klagen, bij voorkeur al tijdens het beheer, maar in ieder geval niet al te lang nadat zij het beheer begin 2009 had beëindigd. Daarbij is van belang dat [X], door niet eerder haar beklag te doen, Aangeslotene de mogelijkheid heeft ontnomen de portefeuille-inrichting op de door haar gewenste wijze aan te passen en te grote risico's daaruit te

ecarteren. Verder is naar het oordeel van de Commissie moeilijk te begrijpen waarom [X] niet reeds begin 2009 hierover bij Aangeslotene had kunnen klagen; uit haar brief van 23 januari 2009 blijkt immers dat zij van mening was dat het beleggingsbeleid afweek van de beheerovereenkomst en bovendien stelt [X] geen concrete feiten of omstandigheden die verklaarbaar maken dat zij pas in 2012 is gaan klagen.

4.6 Gezien het voorgaande is de Commissie van oordeel dat [X], voor zover haar klacht betrekking had op het beheer, eerder had moeten klagen dan drie jaar na beëindiging daarvan. Een dergelijke periode 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, voor zover het klachtonderdeel (a) tot en met (f) betreft, en dat de Commissie niet toekomt aan een verdere beoordeling van deze klachtonderdelen.

Klachtonderdeel (g)

4.8 [X] stelt dat in 2011 een te offensief risicoprofiel is vastgelegd. Ter onderbouwing stelt zij dat [Consument], met het oog op het updaten van het risicoprofiel, in oktober 2011 telefonisch is geënquêteerd en dat Aangeslotene een risicoprofiel heeft vastgelegd met nagenoeg de hoogste risicocategorie. Vervolgens, aldus [X], heeft zij Aangeslotene gemaild dat zij zich met dit profiel niet kon verenigen en heeft zij verzocht om blanco stukken ter invulling, maar deze blanco stukken heeft zij van Aangeslotene niet ontvangen.

4.9 De Commissie overweegt als volgt. Vast staat dat tussen partijen vanaf januari 2009 een beleggingsadviesrelatie heeft bestaan. Uit de stellingen van partijen en de stukken blijkt echter niet dat er schade is geleden doordat in 2011 een – volgens [X] te offensief – risicoprofiel is vastgelegd. Het is immers gesteld noch gebleken dat in die periode op basis van beleggingsadvies van Aangeslotene effectentransacties zijn verricht en evenmin dat op in die periode verrichte effectentransacties verlies is geleden. Gelet daarop kan ook dit klachtonderdeel niet leiden tot het toewijzen van schadevergoeding.

Slotsom

4.10 Hiervoor is gebleken dat geen van de klachtonderdelen kan leiden tot het toewijzen van schadevergoeding. Dit brengt mee dat 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.