Niet-Bindende Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-058 d.d. 4 februari 2014
(prof.mr. C.E. du Perron, voorzitter, prof.drs. A.D. Bac RA en G.J.P. Okkema, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting
Vermogensbeheer. Het verweer van Aangeslotene 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 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, en bovendien is niet onaannemelijk dat Aangeslotene hierdoor nadeel heeft ondervonden.

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;
- de namens Consument ingezonden brief van 29 januari 2013 met bijlage;
- de namens Consument ingezonden brief van 30 januari 2013 met bijlage;
- de brief van Consument van 10 april 2013 met als bijlage de door Consument ondertekende verklaring;
- 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, 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 19 januari 2006 tussen partijen een beleggingsrelatie op basis van vermogensbeheer tot stand gekomen. Daarbij is een "Gematigd Offensief" risicoprofiel overeengekomen. Ten behoeve van het beheer heeft Aangeslotene een rekening voor Consument geopend met nummer XXXX.

2.2. In de overeenkomst is onder meer en voor zover hier van belang het volgende opgenomen:

"Hoofdstuk 1
Beleggingsbeleid
Gematigd Offensief
Doel:
Het beleggingsbeleid is gericht op groei van de portefeuille op middellange- en lange termijn, door het realiseren van koerswinsten en het genereren van een direct inkomen uit de beleggingen. Voor wat betreft het risico is deze portefeuille "gematigd offensief".
Asset Allocation:
De groeidoelstellingen 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,opties, converteerbare obligaties, reverse convertibles, bedrijfsobligaties, staatsobligaties, vastgoedaandelen, special structured notes, hedgefunds en liquiditeiten.
Derivaten:
Derivaten kunnen worden toegepast, hoofdzakelijk gericht op het afdekken van koersrisico's, het creëren van extra inkomen, en, met beperkte investering ten behoeve van het genereren van extra rendement (…)
Risico:
Het is 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%	40%
Converteerbare obligaties	0%	35%
Reverse convertibles	0%	30%
Bedrijfsobligaties	0%	60%
Staatsobligaties	0%	60%
Vastgoedaandelen	0%	25%
Defensieve optiestrategieën	0%	50%
Special Structured Notes	0%	25%
Futures	0%	10%
Hedgefunds	0%	30%
Cash	0%	100%

(…)
Hoofdstuk 3
Specificatie beperkingen (…)
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. (…)
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. (…)"

2.3. Consument heeft bij het aangaan van de overeenkomst een vragenlijst ingevuld ter vaststelling van het cliëntenprofiel. Op 6 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. Het te beleggen vermogen bedroeg bij aanvang van het beheer € 151.069,90. Gedurende het beheer is € 250.861,95 aan de portefeuille toegevoegd en is er € 22.516,46 aan 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. Op 28 november 2008 heeft Consument de opdracht gegeven het beheer te beëindigen en de stukken over te boeken naar een andere vermogensbeheerder. Op de vastgoedfondsen Stedekroon en Propertunity na, is aldus geschied.

2.7. Op 4 december 2008 heeft Consument een adviesovereenkomst getekend ten behoeve van de restantportefeuille. De begeleidende brief van Aangeslotene van diezelfde datum vermeldt dat na de hiervoor genoemde overheveling van stukken de portefeuille niet meer in het oude profiel past en dat de vastgoedfondsen zullen worden aangehouden in het effectendepot van Consument.

2.8. In de loop van 2011 zijn de vastgoedfondsen alsnog verkocht. Daarna heeft Consument Aangeslotene op 30 november 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.
Per brief van diezelfde datum heeft Consument de effectenrekening opgezegd en verzocht het aanwezige saldo over te boeken.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, begroot op € 91.336. De schade bestaat uit de verliezen op de portefeuille na vergelijking met een minder risicovol fonds, begroot op € 56.750, en uit de verliezen op de vastgoedfondsen, begroot op € 34.586. 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 vermogensbeheerovereenkomst dan wel onrechtmatig jegens Consument heeft gehandeld.

3.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

Klachtplicht, artikel 6:89 BW

4.1.1. 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 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 onder een overeenkomst die ook in 2008 al was beëindigd.

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

4.1.3. In de kern ziet de klacht van Consument er immers op dat Aangeslotene vanaf de aanvang van de beheerrelatie te risicovol heeft belegd en dat zij onvoldoende rekening heeft gehouden met zijn profiel. Zeker nadat hij het profiel in 2007 had ingezonden had Aangeslotene zijn voorkeur voor ‘behoudend beleggen’ duidelijk dienen te zijn, aldus Consument. 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 2008 wegens ontevredenheid over de resultaten beëindigde.

Consument heeft, door zijn klacht eerst in 2011 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. Gelet op zijn stelling dat Aangeslotene vanaf de aanvang van het beheer niet conform afspraak heeft gehandeld acht de Commissie het onbegrijpelijk dat Consument niet heeft uitgelegd waarom hij daarvan destijds geen melding van zou hebben kunnen doen, zeker nadat hij uit de verstrekte portefeuille overzichten had kunnen opmaken dat het inzenden van het vragenformulier in 2007 niet tot aanpassingen van de portefeuille had geleid. 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.

4.1.4. 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. Dat neemt overigens niet weg dat de weg naar de burgerlijke rechter voor hem open staat nu partijen zich niet aan een bindend advies van de Commissie hebben gecommitteerd.

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.