



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-44 d.d. 14 februari 2012

(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en de heer G.J.P. Okkema, leden en mr. P.E. Roodenburg, secretaris)

Samenvatting

Het uitvoeren van fondsbeheer kan niet kan worden aangemerkt als financiële dienst in de zin van het 'Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid)'. De Commissie acht zich niet bevoegd te oordelen over onderhavige vordering.

I. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting, inclusief bijlagen, ontvangen 10 mei 2010;
- het antwoord van Aangeslotene, inclusief bijlagen, d.d. 13 augustus 2010;
- de repliek van Consument d.d. 31 december 2010;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 17 januari 2011.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

De Commissie heeft vastgesteld dat Consument het advies als bindend aanvaardt, Aangeslotene beschouwt het advies als niet-bindend.

De Commissie heeft de zaak op stukken behandeld op zittingsdatum 20 december 2011 te Den Haag.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 Met ingang van 1 augustus 2005 participeert Consument in het X-Fonds (verder: "het fonds"). Het deelnameformulier is door Consument d.d. 5 april 2005 ondertekend. De eerste inleg van Consument op instapdatum 1 augustus 2005 betrof een bedrag van € 25.000.
- 2.2 Aangeslotene treedt op als fondsbeheerder.
- 2.3 Consument heeft zich voorafgaand aan het besluit tot deelname aan het fonds gewend tot een intermediair die Consument vervolgens heeft geadviseerd inzake de onderhavige deelname.
- 2.4 Bij brief van 7 oktober 2008 heeft Consument zich tot Aangeslotene gewend met het verzoek om het gehele tegoed in het fonds op te nemen en dit bedrag over te maken op de bij Aangeslotene bekende tegenrekening van Consument. Aangeslotene heeft aan dit verzoek geen opvolging gegeven.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- 2.5 Bij brief van 30 oktober 2008 heeft Aangeslotene Consument er over geïnformeerd dat tengevolge van de marktontwikkelingen in 2008 de liquide middelen van het fonds ontoereikend waren om aan de openstaande verkooporders van participanten te kunnen voldoen. In deze brief is onder meer de volgende passage opgenomen: *“Verzoeken tot (gedeeltelijke) uittreding per 31 oktober of later zullen dus voorlopig niet worden geëffectueerd”*.

3. Geschil

Consument stelt financieel nadeel te hebben geleden hetgeen door Consument is begroot op een bedrag van ongeveer € 6.000. Consument wenst uitkering van de waarde van zijn participaties in het fonds geldende per oktober 2008.

3.1 De vordering van Consument steunt kort gezegd op de volgende grondslagen:

- Consument heeft destijds noch de Voorwaarden Y (hierna: “de voorwaarden”), op grond waarvan Aangeslotene tot de onderhavige maatregel is overgegaan, noch de prospectus ontvangen. Aangeslotene komt derhalve geen beroep toe op (de bepalingen in) deze voorwaarden.
- De weigering van Aangeslotene tot de verzochte uittreding is in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De beslissing van Aangeslotene is gedateerd op 30 oktober 2008, terwijl Consument de brief met het verzoek tot opzegging al ruim daarvoor had verstuurd; de door Aangeslotene opgeworpen restrictie in het uittredingsbeleid kan niet met terugwerkende kracht worden toegepast.
- Consument heeft een bedrag in het fonds ingelegd onder de voorwaarde dat te allen tijde het geld beschikbaar was voor Consument (verder: “de bijzondere afspraak”).
- Nergens in de van toepassing zijnde voorwaarden, waarvan Consument de toepasselijkheid betwist, heeft Aangeslotene zich het recht voorbehouden om een algeheel verbod tot uittreding in te stellen.

3.2 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.

- Het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) is niet bevoegd. Aangeslotene heeft zich uitsluitend bij Kifid aangemeld in het kader van de verplichte aanmelding krachtens artikel 4:17 lid van de Wet op het financieel toezicht (Wft). De aanmelding van Aangeslotene heeft uitsluitend betrekking op de activiteiten voor zover niet uitgezonderd op grond van artikel 4:17 lid 2. De klacht van Consument heeft grondslag in het aanbieden van rechten van deelneming in een beleggingsinstelling (hierna: “fondsbeheer”). Behandeling van klachten aangaande fondsbeheer is uitgezonderd van de bevoegdheid van de geschilleninstantie.
- Aangeslotene heeft Consument niet geadviseerd met betrekking tot deelname van Consument in het fonds.
- Aangeslotene ontleent haar bevoegdheid omtrent het besluit om de verkooporder van Consument niet uit te voeren aan artikel 9.3 van de voorwaarden.

4. Beoordeling



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde, overweegt de Commissie als volgt.

4.1 Ingevolge het bepaalde onder artikel 9.1 van het “Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid)” (verder: “het Reglement”) kan een Consument zich tot de Commissie wenden met een Klacht. Onder Klacht wordt in art. 1 van het Reglement verstaan: “Elk blijk van onvrede inzake een Financiële dienst tussen een Consument en een of meer Aangeslotene(n)”. Voor het begrip Financiële dienst wordt in art. 1 van het Reglement verwezen naar het terzake bepaalde in de Wet op het financieel toezicht (Wft).

In art. 1.1 Wft is het begrip “Financiële dienst” als volgt gedefinieerd:

- a. aanbieden;
- b. adviseren over andere financiële producten dan financiële instrumenten;
- c. bemiddelen;
- d. herverzekeringbemiddelen;
- e. optreden als clearinginstelling;
- f. optreden als gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent; of
- g. verlenen van een beleggingsdienst;
- h. verrichten van een beleggingsactiviteit”

De Commissie stelt in dit kader vast dat in bovenvermelde opsomming fondsbeheer niet wordt genoemd.

4.2 Artikel 4:17 Wft, lid 1 en 2 luiden als volgt:

“1. Een beheerder, beleggingsonderneming die beleggingsdiensten verleent, een betaaldienstverlener, clearinginstelling of financieledienstverlener draagt zorg voor een adequate behandeling van klachten van cliënten, consumenten of deelnemers over betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming. Hiertoe:

a. beschikt de financiële onderneming over een interne klachtenprocedure, gericht op een spoedige en zorgvuldige behandeling van klachten; en

b. is de financiële onderneming aangesloten bij een door Onze Minister erkende geschilleninstantie die geschillen behandelt met betrekking tot betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming, tenzij er geen zodanige geschilleninstantie is.

2. Het eerste lid, onderdeel b, is niet van toepassing op financiële ondernemingen voorzover zij:

a. rechten van deelneming in beleggingsinstellingen aanbieden;

b. beleggingsdiensten uitsluitend voor professionele beleggers verlenen; of

c. optreden als clearinginstelling”.

Op grond van het bovenstaande geldt de verplichte aansluiting bij een geschilleninstantie niet voor het aanbieden van deelnemingsrechten in een beleggingsinstelling (ofwel fondsbeheer). Voorts is gebleken dat Aangeslotene zich niet in de hoedanigheid van fondsbeheerder heeft aangesloten bij Kifid.

4.3 Aangeslotene heeft voorts gesteld, en Consument heeft dit niet gemotiveerd betwist, dat zij Consument inzake de deelname aan het fonds niet heeft geadviseerd.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Consument heeft (daarbij) aangegeven zich voor advies tot een tussenpersoon te hebben gewend. Er moet dan ook van worden uitgegaan dat Aangeslotene Consument in deze niet heeft geadviseerd.

4.4 Het voorgaande brengt mee dat (het uitvoeren van) fondsbeheer niet kan worden aangemerkt als financiële dienst in de zin van het Reglement. De Commissie stelt diensgevolge vast dat zij zich niet bevoegd acht te oordelen over onderhavige vordering.

4.5 Ten overvloede wenst de Commissie op te merken dat in geval de Commissie zich wel bevoegd zou hebben geacht aangaande de vordering van Consument jegens Aangeslotene, dit Consument niet zou baten, nu Consument het bestaan van de bijzondere afspraak – zie r.o. 3.1 - niet aannemelijk heeft weten te maken nu dienaangaande verder niets is gesteld noch is gebleken.

Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie beslist, als niet-bindend advies, dat zij zichzelf niet bevoegd acht om te oordelen aangaande de vordering van Consument jegens Aangeslotene.

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.