

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-041
(mr. drs. S.F. van Merwijk, voorzitter, prof. dr. A. Buijs en J.C. Buiter, leden en
mr. T.R.G. Leyh, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 28 februari 2017
Ingediend door : Consument
Tegen : HiQ Invest B.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen HiQ Invest
Datum uitspraak : 16 januari 2018
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Investing in hedgefonds. Gedane toezeggingen. Consument heeft naar het oordeel van de Commissie onvoldoende concreet gemaakt dat HiQ Invest haar jegens hem in acht te nemen zorgplicht heeft geschonden. HiQ Invest heeft de fondsstrategie aangepast; dat het geruime tijd duurde eer de wijzingen effect sorteerden is onvoldoende om aan te nemen dat HiQ Invest als beheerder verwijtbaar verkeerd heeft gehandeld. Dat een keiharde belofte is gedaan dat een beter beleggingsresultaat zou worden bereikt, is niet komen vast te staan. Verder niet voldoende aannemelijk dat de toezegging is gedaan dat Consument na verkoop van de participaties zou kunnen instappen tegen de uitstapkoers.

1. Procesverloop

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

- de door de gemachtigde van Consument ingediende klacht met bijlagen;
- het verweerschrift van HiQ Invest;
- de door de gemachtigde van Consument ingediende repliek;
- de dupliek van HiQ Invest;
- de e-mail van de gemachtigde van Consument waarin deze verklaart dat Consument de uitspraak van de Commissie als bindend aanvaardt.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 2 november 2017 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft op 15 april 2011 een bedrag van € 250.000 geïnvesteerd in het Market Neutral Fund C (hierna MNF), waarvan HiQ Invest de beheerder is. Na aftrek van € 625 aan administratiekosten heeft Consument 12.537,4533 participaties tegen een koers van € 19,8904 verkregen, voor in totaal € 249.375.

- 2.2 HiQ Invest heeft de participanten in het MNF middels nieuwsbrieven op de hoogte gehouden van de fondsontwikkelingen.
- 2.3 Het rendement van het MNF heeft zich na de investering van Consument als volgt ontwikkeld:
- | | | |
|-------|-----|-------|
| 2011: | -/- | 2.5% |
| 2012: | +/+ | 26% |
| 2013: | +/+ | 3.5% |
| 2014: | -/- | 15.5% |
| 2015: | -/- | 24.5% |
| 2016: | +/+ | 38.5% |
- 2.4 Consument heeft vanaf 2015 zijn zorgen geuit richting HiQ Invest. Dit heeft geleid tot e-mailcorrespondentie en gesprekken, onder meer op 29 mei 2015.
- 2.5 HiQ Invest heeft de participanten in het MNF bericht over aanpassingen van de fondsstrategie.
- 2.6 Consument is in februari 2016 uit het MNF gestapt tegen een koers van € 10,41, voor een totaal bedrag van € 130.493.
- 2.7 Op 14 maart 2016 hebben partijen gesproken over de uittreding van Consument. Consument heeft in onderhavige procedure een verklaring van een bij dat gesprek aanwezige investeringspartner overgelegd welke zover hier van belang luidt:
- Op dat moment heeft men ons gevraagd te heroverwegen opnieuw in te stappen in het fonds, waarbij men ons een aanbod heeft gedaan in te stappen tegen de uitstapkoers. Het voorstel zou nog op schrift worden gesteld. Dat voorstel is nooit gekomen. Later is een aangepast voorstel ontvangen. Wel dat wij in mochten stappen, maar dan tegen de normale koers, iets dat niets bijzonders was. Dat die uitspraak is gedaan blijkt ook uit het feit dat men later heeft aangeboden het verschil tussen de uitstapkoers en de instapkoers te schenken aan een goed doel, iets dat ons erg vreemd voorkwam, maar ons bevestigd heeft dat er wel degelijk over instappen tegen de uitstapkoers is gesproken.*
- HiQ Invest heeft een verklaring van een bij het gesprek aanwezige medewerker overgelegd welke voor zover hier van belang luidt:
- Instappen tegen een oude koers is sowieso nooit mogelijk geweest en behoorde nooit tot de opties. Ik herinner mij dat er naar aanleiding van het gesprek discussie is geweest over de vraag of [directeur HiQ Invest] het woord 'ongedaanmaken' zou hebben gebruikt. Of en hoe dat woord is gebruikt, dat herinner ik mij niet. Ik weet wel dat [directeur HiQ Invest] niet nadrukkelijk heeft toegezegd dat [Consument] tegen de uitstapkoers weer zou mogen instappen. Dat zou ik mij zeker hebben herinnerd. Tijdens het gesprek hebben we genoemd dat we ergens mee bezig waren en dat we daarvoor per brief een voorstel zouden doen. We hebben ook gezegd dat recent uitgestapte beleggers door weer in te stappen van dat voorstel gebruik zouden mogen maken. De precieze details van het voorstel hebben we nog niet genoemd (die waren immers ook nog niet duidelijk voor onszelf), laat staan dat we in dat gesprek al harde toezeggingen hebben gedaan.*

- 2.8 HiQ Invest heeft participanten op 15 maart 2016 bericht geen nieuwe participanten toe te laten en dividendbetalingen aan HiQ Invest niet te laten geschieden tot de koers van het MNF €17,50 zou bedragen. In een tweede brief van dezelfde datum aan in 2016 uitgetreden participanten heeft HiQ Invest bij uitzondering de mogelijkheid geboden opnieuw toe te treden tot het MNF.
- 2.9 Naderhand heeft Consument zich bij HiQ Invest beklagd.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert primair vergoeding van de door hem geleden schade, begroot op een bedrag van € 119.044, en welke bestaat uit het verschil tussen zijn inleg in het MNF en het restant van de investering na het uitstappen. Subsidiair vordert Consument ongedaanmaking van de uittreding tegen de koers van € 10,23 en meer subsidiair tegen de koers van 14 april 2016.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. HiQ Invest heeft haar zorgplicht geschonden door het vermogen van de beleggers in het MNF niet zo goed mogelijk te beheren. Ondanks harde toezeggingen om de problemen met het fonds op te lossen en gewekt vertrouwen dat er vanaf een bepaald moment een gematigd positief rendement verwacht zou mogen worden zijn zeer grote negatieve resultaten behaald. Ook is HiQ Invest gebrekkig geweest in haar communicatie. Consument stelt zich daarbij op het standpunt dat HiQ Invest in feite onnodige risico's heeft genomen in een poging de gemaakte verliezen (te) snel weer goed te maken. In het traject na de verkoop van het fonds door Consument heeft HiQ Invest bovendien nog toezeggingen gedaan, waarvan zij thans ontkent dat de toezeggingen zijn gedaan. Juist de toezegging om tegen de uitstapkoers weer in het MNF te kunnen stappen was passend, ook om het vertrouwen weer te herstellen.

Verweer van HiQ Invest

- 3.3 HiQ Invest heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1 De Commissie stelt vast dat sprake is van twee klachtonderdelen. Ten eerste beklagt Consument zich over een zorgplichtschending tijdens HiQ Invest gedurende de periode dat hij een deel van zijn vermogen in het door HiQ Invest beheerde MNF hedgefonds had geïnvesteerd. Ten tweede beklagt Consument zich erover dat HiQ Invest hem na de verkoop van zijn participaties in het MNF een toezegging heeft gedaan die zij vervolgens niet is nagekomen.

- 4.2 Ten aanzien van de gestelde zorgplichtschending overweegt de Commissie als volgt. De Commissie stelt vast dat de door HiQ Invest in onderhavige procedure overgelegde productinformatie inzake het MNF, bestaande uit een prospectus en de Essentiële Beleggingsinformatie, uit 2016 afkomstig is, zoals ook door Consument bij repliek is opgemerkt. Het betreft daarmee niet aantoonbaar dezelfde informatie als bij de investering door Consument in 2011 voorhanden was en mist als zodanig relevantie voor de beoordeling van de klacht. Voorts heeft Consument betwist dat hem destijds een prospectus ter hand is gesteld. Tussen partijen is echter niet in geschil dat het MNF een hedgefonds is met een hoger dan gemiddeld risicoprofiel dat streeft naar een correlatie van 0 met onderliggende beurzen en een ruim mandaat heeft om met leverage te handelen in verschillende financiële instrumenten.
- 4.3 Consument heeft onder meer gesteld dat HiQ Invest niet of onvoldoende heeft geacteerd nadat bleek dat de door het MNF gehanteerde strategieën niet goed werkten. Bovendien heeft HiQ Invest in nieuwsbrieven toezeggingen gedaan aan de participanten - en die in gesprekken en correspondentie met Consument herhaald – om de problemen met het MNF op te lossen maar bleven de resultaten achter. HiQ Invest heeft dan ook valse toezeggingen gedaan, aldus Consument.
- 4.4 Daartegen heeft HiQ Invest aangevoerd dat het MNF duidelijk niet zonder risico is, dat het fondsrendement zeer forse uitslagen kent, dat zij investeerders doorlopend naar beste weten van informatie heeft voorzien en heeft uitgelegd waarom de strategieën niet werkten. Daarmee wijst zij de stellingen van Consument van de hand. Ook doet HiQ Invest een beroep op afdeling 5.1.5. van het prospectus, dat aansprakelijkheid uitsluit.
- 4.5 De Commissie passeert dat beroep op aansprakelijkheidsuitsluiting aangezien het prospectus waarin het bewuste beding is opgenomen niet in het geding is gebracht en de ontvangst van het prospectus daarenboven door Consument is betwist. De Commissie houdt het er daarom voor dat het prospectus geen onderdeel uitmaakt van de relatie tussen partijen en zal de betreffende bepaling derhalve niet toetsen, ook niet ambtshalve op mogelijke vernietigbaarheid ervan.
- 4.6 De Commissie maakt uit de overgelegde bescheiden op dat HiQ Invest de MNF participanten interventies heeft beloofd en dat HiQ Invest nadat Consument aan de bel had getrokken zijn onrust heeft gesust. Dat is iets anders dan het doen van keiharde beloften een beter resultaat te behalen, zoals Consument beweert dat HiQ heeft gedaan. Met HiQ Invest is de Commissie het voorts eens dat Consument voldoende is gewezen op de omstandigheid dat het MNF een meer dan gemiddeld risico in zich herbergt, wetenschap waarvan Consument desgevraagd ook heeft beaamd die te bezitten. Dat het geruime tijd duurde eer de wijzigingen in het fondsbeheer effect sorteerden is evenmin voldoende om aan te nemen dat HiQ Invest als beheerder verwijtbaar verkeerd heeft gehandeld. Het verwijt dat HiQ Invest met die wijzigingen onnodige risico's zou hebben genomen heeft Consument niet nader onderbouwd. Resumerend heeft Consument naar het oordeel van de Commissie onvoldoende concreet gemaakt dat HiQ Invest haar jegens hem (en andere participanten) in acht te nemen zorgplicht heeft geschonden.

- 4.7 Ten aanzien van het tweede klachtonderdeel overweegt de Commissie als volgt. Consument heeft gesteld dat HiQ Invest hem tijdens de bespreking van 14 maart 2016 heeft toegezegd dat hij tegen de uitstapkoers in kon stappen in het MNF en daarmee de facto het uitstappen 'ongedaan' zou worden gemaakt. Consument voelt zich gesterkt in zijn zienswijze daar HiQ Invest heeft voorgesteld het verschil tussen in- en uitstapkoers aan een in onderling overleg te bepalen goed doel te schenken als teken van goede wil ter bespoediging van een oplossing tussen partijen.
- 4.8 HiQ Invest heeft ontkend dat tijdens voornoemd gesprek is besproken dat Consument zou kunnen instappen tegen de uitstapkoers. Toetreden tegen een lagere koers dan de *net asset value* van het fonds zou immers direct ten laste komen van de andere participanten in het fonds, aldus HiQ Invest. HiQ Invest heeft Consument wel de mogelijkheid geboden om - ondanks dat het fonds was gesloten voor nieuwe beleggers - opnieuw in te stappen, maar dat aanbod gold voor alle investeerders die recent waren uitgestapt. Het gebaar om het verschil tussen de uitstapkoers en de koers van dat moment aan een goed doel over te maken, zou uit de eigen middelen van HiQ Invest worden voldaan, en niet ten laste van het MNF komen.
- 4.9 De Commissie stelt vast dat partijen verschillende herinneringen hebben aan het tijdens het gesprek van 14 maart 2016 besprokene. De Commissie acht het voorstelbaar dat wat Consument uit het gesprek begrepen heeft van wat HiQ Invest hem als aanbod in het vooruitzicht heeft gesteld, afwijkt van het uiteindelijk schriftelijk gedane aanbod. Ook hier geldt echter dat de Commissie een 'keiharde' toezegging niet aannemelijk acht, zeker niet gelet op hetgeen HiQ Invest heeft aangedragen en wat de Commissie onderschrijft, namelijk dat een korting voor Consument ten laste zou komen van de andere participanten en dat een dergelijke toezegging manifest strijdig zou zijn met de rol van HiQ Invest als fondsbeheerder, waarin zij alle investeerders in het fonds op gelijke wijze dient te behandelen. Naar het oordeel van de Commissie heeft HiQ Invest de stelling van Consument dan ook voldoende gemotiveerd weersproken en heeft Consument nagelaten afdoende aanvullende onderbouwing voor zijn stelling te geven.
- 4.10 Nu de Commissie niet komt tot een gegrondverklaring van (een van) beide klachtonderdelen zal zij de daaraan verbonden vordering afwijzen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.