Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2022-0181
(mr. dr. H.O. Kerkmeester, voorzitter, mr. M.E.J. Bracco Gartner, prof. dr. A. Buijs, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 27 mei 2021
Ingediend door	: de Consument
Tegen	: De Veste B.V., gevestigd te Putte, verder te noemen De Veste
Datum uitspraak	: 9 maart 2022
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen

Samenvatting

Verzoek van participant tot uitkering van een bedrag van € 20.000,- en inkoop van een deel van zijn participaties. De fondsbeheerder bevestigt dat dit verzoek zal worden uitgevoerd; twee maanden later wordt de inkoop opgeschort. Naar het oordeel van de commissie mocht de inkoop worden opgeschort. Dit blijkt uit de relevante bepalingen in het prospectus.

1. De procedure

1.1 De commissie beslist volgens haar reglement en op basis van de ingediende documenten met bijlagen, bestaande uit de klacht en aanvullingen daarop, De Veste's verweerschrift en de reactie van de consument op het verweerschrift.

1.2 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op basis van de stukken beslist.

1.3 De Veste heeft gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument heeft participaties in het Trade Finance Handelfonds (TFH), een subfonds van het Da Vinci Retailfonds (hierna: het fonds). De Veste is de beheerder van het fonds. Het fondsvermogen is grotendeels belegd in een lening in Amerikaanse dollar aan Capstone Capital Group, LLC en Capstone Credit, LLC, beide gevestigd in de Verenigde Staten (hierna samen aangeduid als Capstone). Capstone gebruikt de lening voor het verstrekken van handelsfinanciering en debiteurenfinanciering aan ondernemingen.

2.2 Het fonds is een besloten fonds voor gemene rekening met een open-end structuur. Op grond van het prospectus kunnen participaties uitsluitend worden verkocht aan het subfonds zelf met inachtneming van een opzegtermijn. De opzegtermijn gaat in op het moment dat het formulier is ontvangen door de beheerder. Verkoop vindt plaats op de eerstvolgende handelsdatum na het verstrijken van de opzegtermijn. Onder bijzondere omstandigheden kan worden besloten de inkoop van participaties in het belang van de (resterende) participanten op te schorten.

2.3 De consument heeft De Veste op 29 maart 2020 verzocht een bedrag van € 20.000,- uit te betalen. De Veste heeft hem op 31 maart 2020 gemaild:

"(…) U hebt er voor gekozen om uw belegging gedeeltelijk te verkopen. De samenstelling van uw portefeuille zal als volgt gewijzigd worden:
Trade Finance Handelsfonds:
• Per 1 augustus 2020 wordt voor € 20.000,- aan participaties verkocht.
• U ontvangt uiterlijk in week 34 [*de week beginnend op 17 augustus, toevoeging Kifid*] de uitbetaling en de schriftelijke bevestiging van de verkoop. (…)"

2.4 In reactie op een fondsupdate heeft de consument op 24 april 2020 gemaild:

"(…) De mailtjes worden steeds dramatischer, terwijl door jullie steeds werd gezegd dat er voldoende zekerheden in het proces waren ingebouwd (…). Het is wel mijn pensioen (…), waar ik jarenlang voor betaald heb.
(…)
Ik vind het bijzonder jammer dat ik nachtenlang wakker lig van de ontwikkelingen bij het Trade Finance Handelsfonds. Misschien kunt u in een volgend mail, eens schetsen wat het risico is wat we lopen. (…)"

2.5 Op 29 april 2020 heeft De Veste aan de consument gemaild:

"(…) Wij begrijpen uw zorgen en kunnen die ook niet zomaar wegnemen. Wat wij wel kunnen is u (…) op de hoogte houden van de impact van de huidige, extreme situatie op het (…) fonds.
Op dit ogenblik is er (…) liquiditeitskrapte bij Capstone, zodat zij niet direct kunnen voldoen aan ons verzoek om een additionele opname. Aan de renteverplichtingen heeft Capstone wel voldaan. Er is (…) geen melding gemaakt van afschrijving van uitstaande leningen. (…)"

2.6 Op 29 mei 2020 heeft De Veste de participanten bericht:

"(…) Capstone blijft alles in het werk stellen om vertragingen in de terugbetaling van (…) leningen op te heffen. Tot op heden slaagt zij daar mondjesmaat in, hetgeen de liquiditeitspositie van Capstone verder onder druk zet.

Dit beperkt ook de mogelijkheid om aan de verzoeken van het (…) fonds tot terugbetaling te voldoen.
Als gevolg daarvan kan het fonds nu niet aan de ingelegde verkoopverzoeken voldoen en daarom heeft De Veste als beheerder, in het belang van alle participanten, moeten besluiten per 30 mei 2020 de inkoop op te schorten conform artikel 12 lid 4 van de fondsvoorwaarden. (…)"

2.7 Op 3 juni 2020 heeft De Veste de participanten bericht:

"(…) In de mail van 29 mei jl. bent u op de hoogte gesteld van het besluit (…) om (…) uittreding uit het (…) fonds met ingang van 30 mei jl. op te schorten. Dit betekent (…) dat alle eerdere opname-verzoeken, die onder normale omstandigheden zouden hebben geleid tot uitbetaling per 1 juni of enige daaropvolgende maand, zijn doorgehaald.
Zodra deze maatregel (…) kan worden opgeheven, zullen alle participanten (…) de mogelijkheid krijgen (…) een opnameverzoek in te dienen. (…)
De Veste (…) beseft dat het genomen besluit voor menig participant verstrekkende gevolgen kan hebben. De Veste neemt dit besluit op basis van de prospectus en de voorwaarden van beheer en bewaring om alle participanten gelijk te behandelen. Op dit moment, gegeven de exceptionele omstandigheden waarin Capstone en daarmee het fonds verkeert, rest ons geen andere mogelijkheid. (…)"

2.8 Op 1 oktober 2020 is besloten tot liquidatie van het fonds.

2.9 Op 22 oktober 2020 heeft de consument De Veste gemaild:

"(…) Op 30-3-2020 heb ik bijgaand formulier ingestuurd met een opname verzoek van € 20.000,--
Toen werd verwezen naar een contract verplichting, dat dit bedrag enkele maanden later zou worden uitgekeerd.
Een contract verplichting kent echter 2 kanten, en daarom wijs ik u op de verplichting om dit bedrag uit te keren (…). (…)"

De Veste heeft die dag geantwoord:

"(…) De Veste heeft geen (…) andere keuze dan de liquidatie van het fonds uit te voeren (…). (…)"

Klacht, vordering en verweer

2.10 Consument vordert dat De Veste wordt veroordeeld € 20.000,- aan hem te betalen. De vordering berust op de stelling dat hij De Veste's mededeling in haar e-mail van 31 maart 2020 heeft mogen opvatten als een onvoorwaardelijke toezegging tot uitkering van een bedrag van € 20.000,-.

2.11 De Veste heeft verweer gevoerd. Voor zover nodig zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

3.1 In deze zaak gaat het om de vraag of De Veste, nadat zij de consument op 31 maart 2020 had bericht dat zij het verzoek tot inkoop zou uitvoeren, de inkoop met bijbehorende betalingsverplichting alsnog op 30 mei 2020 mocht opschorten. Volgens de consument mocht dat niet omdat De Veste in haar e-mail van 31 maart 2020 had toegezegd het bedrag in kwestie in augustus 2020 uit te keren.

3.2 De commissie constateert dat De Veste's e-mail van 31 maart 2020 geen expliciet voorbehoud bevat. In deze e-mail stond alleen dat het verzoek tot inkoop op 1 augustus 2020 zou worden uitgevoerd en dat later die maand, in de week van 17 augustus, het bedrag van € 20.000,- zou worden uitgekeerd.

3.3 Het ontbreken van een voorbehoud brengt echter niet mee dat de inkoop van de participaties (en de bijbehorende uitkering van € 20.000,-) niet meer mocht worden opgeschort. Dat komt doordat het prospectus van toepassing is op de relatie tussen partijen. Dit zal in overweging 3.4 – 3.7 worden toegelicht; de relevante bepalingen van het prospectus staan in de bijlage bij deze uitspraak.

3.4 Het prospectus bevat een aantal bepalingen over inkoop van participaties. In bijlage A1, die specifiek ziet op het TFH, staat dat verkoop van participaties door een participant mogelijk is per maandeinde met inachtneming van een opzegtermijn van 95 kalenderdagen. In de e-mail van 31 maart 2020 heeft De Veste de datum vermeld waarop in overeenstemming met deze opzegtermijn de inkoop zou plaatsvinden. Verder staat in artikel 5.1 van het prospectus dat de beheerder (De Veste) onder bijzondere omstandigheden de inkoop van participaties mag opschorten. Een bijzondere omstandigheid is bijvoorbeeld de situatie waarin de verkoop van beleggingen (vereist voor de inkoop van participaties) onverantwoord is of onmogelijk zonder de belangen van andere participanten onevenredig te schaden.

3.5 In dit geval is de inkoop van participaties opgeschort wegens ernstige liquiditeitsproblemen bij Capstone, veroorzaakt door de coronapandemie. Door deze liquiditeitsproblemen kon Capstone niet langer voldoen aan haar maandelijkse renteverplichtingen en aan opname-verzoeken. Deze liquiditeitsproblemen kunnen worden beschouwd als een bijzondere omstandigheid in de zin van artikel 5.1 van het prospectus op grond waarvan de inkoop van participaties mocht worden opgeschort; dit laatste is tussen partijen ook niet in geschil.

Ten tijde van de e-mail van 31 maart 2020 had die bijzondere omstandigheid zich echter nog niet voorgedaan en de e-mail kan ook daarom niet worden gelezen als een toezegging dat die bijzondere omstandigheid niet op de consument van toepassing zou zijn. Nu De Veste de inkoop van participaties, waaronder die van de consument, mocht opschorten, was zij ook niet meer verplicht de participaties van de consument per 1 augustus 2020 in te kopen.

3.6 Verder wijst De Veste erop dat, toen het fonds eenmaal per 1 oktober 2020 werd geliquideerd, inkoop van participaties niet meer mogelijk was. De commissie constateert dat dit argument steun vindt in het prospectus. Immers, in artikel 21 lid 2 van de voorwaarden van beheer en bewaring (onderdeel van het prospectus) staat dat het fonds na een liquidatie-besluit niet langer participaties kan inkopen. De conclusie is dat De Veste ook na 1 augustus 2020 niet gehouden was de verkoopopdracht van de consument bij voorrang uit te voeren. Dit zou de andere participanten kunnen benadelen.

3.7 Volgens de consument heeft De Veste de lening aan Capstone gepresenteerd als een veilige belegging en in een telefoongesprek de liquiditeitsproblemen bij Capstone tijdelijk genoemd. Ook stelt hij dat het fonds, in de periode van december 2020 tot en met februari 2021, uitkeringen heeft gedaan en dat het fonds wel genoeg liquiditeiten heeft om een procedure tegen Capstone te voeren. Deze stellingen, ook als ze zouden komen vast te staan, kunnen de consument echter niet baten omdat ze los staan van de vraag of de inkoop van participaties mocht worden opgeschort.

3.8 Gezien het voorgaande zal de vordering van de consument worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering van de consument af.

Deze uitspraak is een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

Binnen twee weken na verzending van de uitspraak kunt u verzoeken vergissingen zoals schrijf- of rekenfouten of een verkeerde naam of datum te herstellen. De beslissing in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na verzending kunt u verzoeken de uitspraak aan te vullen als u vindt dat niet op alle onderdelen van uw vordering is beslist. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat niet op al uw argumenten is ingegaan. Meer informatie staat in artikel 40 reglement.

Bijlage: relevante bepalingen in het prospectus

(…) Definities
Begrippen in dit Prospectus (…) in de navolgende lijst van definities (…) hebben, tenzij uit de context uitdrukkelijk anders blijkt, de volgende betekenis:
(…)
Handelsdatum: een dag waarop uitgifte of inkoop van Participaties kan plaatsvinden. Voor de Subfondsen is dit de eerste kalenderdag van de maand, tenzij anders vermeld in de bijlage van het betreffende Subfonds
(…)
1.2 Subfondsen en klassen
Het Fonds is opgezet volgens een zogenaamde paraplustructuur. Dit betekent dat het Fonds fungeert als paraplu waaronder meerdere Subfondsen kunnen worden aangeboden waarin afzonderlijk kan worden belegd. (…)
Het Fonds bestaat uit de navolgende Subfondsen:
1. Trade Finance Handelsfonds;
2. Platinum Handelsfonds;
Uitsluitend Trade Finance Handelsfonds is toegankelijk voor nieuwe en bestaande Participanten.
(…)
5 Verkoop
5.1 Algemeen
Het Fonds is gehouden om op verzoek van Participanten Participaties ten laste van de activa van het Fonds in te kopen en de waarde hiervan uit te betalen. Inkoop vindt, tenzij anders omschreven in de voorwaarden van een Subfonds in Bijlage A, plaats per Handelsdatum met in achtneming van een opzegtermijn van 35 kalenderdagen. Een dergelijke opzegging dient schriftelijk plaats te vinden (…). (…) De opzegtermijn gaat in op het moment dat het formulier ontvangen is door de Beheerder. Verkoop vindt plaats op de eerstvolgende Handelsdatum, na het verstrijken van de opzegtermijn. Uitbetaling vindt normaliter uiterlijk drie weken na elk maandeinde aan de uittredende Participanten plaats, op voorwaarde dat de verkoop-opbrengsten van de onderliggende belegging op dat moment ook ontvangen zijn.
(…)
Onder bijzondere omstandigheden kan worden besloten de inkoop van Participaties in het belang van de (resterende) Participanten op te schorten. Onder bijzondere omstandigheden kunnen worden verstaan perioden waarin bijvoorbeeld geen reële waardering van de onderliggende waarden tot stand komt wegens gesloten beurzen of extreme gebeurtenissen, zoals bijvoorbeeld terroristische aanslagen. Een onverwachts grote uitstroom van Participanten is tevens een bijzondere omstandigheid waarbij de Beheerder, in het belang van de Participanten, de mogelijkheid heeft om de inkoop van deelnemingsrechten te beperken tot maximaal 10% van de Netto Vermogenswaarde van het Fonds per Handelsdatum. De Beheerder kan tevens van mening zijn dat zich een omstandigheid voordoet waarbij in redelijkheid verwacht kan worden dat voortzetting van de inkoop van Participaties tot gevolg kan hebben dat de belangen van de resterende Participanten onevenredig worden geschaad. Een dergelijke omstandigheid kan zijn dat de voor inkoop benodigde verkoop van beleggingen, gelet op de marktomstandigheden, onverantwoord of onmogelijk is tegenover de overblijvende Participanten. Indien een (…) bijzondere omstandigheid zich voordoet zal de Beheerder daarvan (…) melding maken op haar website ((…) zie ook paragraaf 7.3).

(…)
7.3 Opschorting bepaling intrinsieke waarde
De Beheerder kan de vaststelling van de intrinsieke waarde, en daarmee de inkoop van de rechten van deelneming of de terugbetaling van de waarde van de rechten van deelneming, tijdelijk opschorten in onder meer de volgende situaties:

- een of meer effectenbeurzen of financiële markten waar een belangrijk deel van de beleggingen genoteerd staat of wordt verhandeld, zijn gesloten of de handel is beperkt of opgeschort;
- een significant deel van de beleggingen kan (tijdelijk) niet betrouwbaar worden gewaardeerd omdat van financiële producten in portefeuille de intrinsieke waardebepaling is opgeschort;
- er doen zich omstandigheden voor buiten de invloedsfeer van de Beheerder die direct of indirect verband houden met de politieke, economische, militaire of monetaire situatie die de bepaling van de intrinsieke waarde verhinderen;
- de middelen van communicatie of berekeningsfaciliteiten die normaliter worden gebruikt voor de bepaling van de intrinsieke waarde functioneren niet meer of de intrinsieke waarde kan om een andere reden niet met de (…) gewenste snelheid of nauwkeurigheid worden bepaald;
- er is (…) een noodsituatie als gevolg waarvan het niet doelmatig of niet mogelijk is om de beleggingen te vervreemden of te waarderen zonder de belangen van de Participanten in ernstige mate te schaden. (…)"

(…)
Bijlage A1: Trade Finance Handelsfonds
(…)
4 Verkoop
In afwijking van de reguliere verkoopfrequentie van DVR zoals vermeld in paragraaf 5.1 van het Prospectus, geldt voor TFH dat verkoop gedurende de eerste 12 maanden na investering niet mogelijk is. Na deze periode is verkoop mogelijk per maandeinde met in achtneming van een opzegtermijn van 95 kalenderdagen.
(…)
Bijlage D: Voorwaarden van beheer en bewaring
(…)
VERKRIJGEN VAN PARTICIPATIES DOOR HET FONDS.
Artikel 12.
1. Onverminderd het bepaalde in artikel 21 lid 2, zal de Beheerder indien een Participant haar dit schriftelijk onder opgave van het betreffende aantal Participaties verzoekt, het Fonds het verlangde aantal Participaties doen verkrijgen. Het schrijven met de ter overdracht aangeboden Participaties dient uiterlijk 35 kalenderdagen voor iedere eerste dag van het kalendermaand in het bezit te zijn van de Beheerder, tenzij anders omschreven in de voorwaarden van een Subfonds in Bijlage A van het Prospectus.
(…)
4. De Beheerder kan besluiten om de inkoop van de Participaties op te schorten om de redenen vermeld in het Prospectus.
(…)

LIQUIDATIE
Artikel 21.
1. Het Fonds of een Subfonds wordt (…) geliquideerd indien de Beheerder en juridisch eigenaar hiertoe besluiten. Het besluit tot liquidatie wordt aan alle Participanten medegedeeld.
2. (…) Na het besluit tot liquidatie vindt geen verkrijging van Participaties door het Fonds meer plaats. (…)
3. Bij vereffening wordt het liquidatiesaldo aan de Participanten die gerechtigd zijn tot de desbetreffende Subfondsen uitgekeerd in de verhouding van het aantal Participaties dat door een dergelijke Participant wordt gehouden, waardoor de Participaties zijn vervallen. (…)