Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2023-0149

(mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter, N.W. Over de Vest,
mr. dr. M.D.H. Nelemans, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Datum uitspraak	21 februari 2023
Klacht van	De consument
Tegen	De Veste B.V., gevestigd te Putte, verder te noemen De Veste
Aard uitspraak	Niet-bindend advies
Uitkomst	Vordering gedeeltelijk toegewezen

Samenvatting

De consument is een lijfrenteovereenkomst aangegaan waarmee hij in een fonds belegt. De beheerder van dit fonds meldt eind 2019 dat het beheer aan een andere beheerder zal worden overgedragen en dat, totdat die overdracht heeft plaatsgevonden, het fonds geen nieuwe participanten aanneemt en zittende participanten niet kunnen bijstorten. Ongeveer twee maanden na die melding verricht de consument twee stortingen. In de procedure vordert hij terugbetaling daarvan. Naar het oordeel van de commissie had de beheerder de stortingen niet behoren te accepteren. Schadevergoeding.

1. Procedure

1.1 De commissie beslist volgens haar reglement en op basis van de door partijen ingediende stukken met bijlagen.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 22 november 2022. Op de hoorzitting was de consument aanwezig met zijn vertegenwoordiger [naam 1], mediator en adviseur. Aanwezig namens De Veste waren [naam 2], bestuurder, en mr. [naam 3], gemachtigde van De Veste en advocaat in Amsterdam.

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 Met het oog op zijn oudedagsvoorziening heeft de consument twee koopsompolissen afgesloten, één bij ASR en één bij Nationale-Nederlanden. Beide polissen liepen tot 22 december 2019, de dag waarop hij 65 jaar zou worden.

Tijdens de looptijd van de koopsompolissen is de pensioengerechtigde leeftijd verhoogd, in het geval van de consument tot 66 jaar en 4 maanden. Gevolg daarvan was dat de consument pas op 22 april 2021 pensioengerechtigd zou worden.

2.2 Wegens de omstandigheden genoemd in 2.1 heeft de consument besloten de uitkering uit de polissen – in de periode van 22 december 2019 tot 22 april 2021 – onder te brengen in een Unit Linked Direct Ingaande Lijfrente. Dit is een product van De Veste waarmee wordt belegd in het Trade Finance Handelsfonds (TFH), een door De Veste beheerd fonds.

2.3 De Veste heeft de twee koopsompolissen van de consument beoordeeld en akkoord bevonden en hem de benodigde overdrachtsformulieren gezonden.

2.4 Overgelegd is een door de consument ingevuld en ondertekend Deelnameformulier Unit Linked Direct Ingaande Lijfrente Overeenkomst gedateerd 27 september 2019 en een door de consument geparafeerde Unit Linked Direct Ingaande Lijfrente Overeenkomst (datum niet vermeld). In de Overeenkomst staat:

> *(…) 1. (…) De Veste B.V. (…)*
> *en*
> *2. [naam consument] hierna te noemen "deelnemer";*
> *in aanmerking nemende dat:*
> *- Deelnemer een uitkerende lijfrenteovereenkomst wenst aan te gaan met De Veste;*
> *- de uitkerende lijfrente is gebaseerd op beleggen en is gekoppeld aan het Trade Finance Handelsfonds (…);*
> *(…)*
> *1. Deze overeenkomst komt tot stand na ondertekening hiervan door betrokken partijen en ofwel na ontvangst van het startkapitaal op rekeningnummer (…) ofwel door omzetting van Klasse B in Klasse C participaties.*
> *Als het startkapitaal niet binnen twee maanden na ondertekening van deze overeenkomst is ontvangen, dan eindigt de overeenkomst van rechtswege. (…)*

2.5 Op 30 september 2019 heeft De Veste aan de consument gemaild:

> *Met deze e-mail bevestigen we de ontvangst van uw deelnameformulier voor de opbouw van lijfrentekapitaal. Wij hebben uw deelname verwerkt in onze administratie; u krijgt hierbij participantnummer (…) toegewezen. (…)*
> *Mocht de storting nog niet gedaan zijn, dan verzoeken wij u (…) dit op orde te brengen. De storting wordt gedaan op de rekening van het fonds (…) zoals aangegeven in het deelnameformulier.*

2.6 Over de acceptatie van participanten bepaalt het voor het TFH geldende prospectus het volgende:

> *4.2 Bevestiging deelname*
> *Als het deelnameformulier van de potentiële Participant (…) is ontvangen, meldt de Beheerder dit per e-mail aan de potentiële Participant.*
> *De backoffice van de Beheerder beoordeelt de documenten. Als dit vragen of onduidelijkheden oplevert zal contact worden opgenomen met de potentiële Participant.*
> *Als de inleg van de potentiële Participant op de rekening van het Fonds is bijgeschreven, wordt ook hiervan melding gemaakt door de Beheerder aan de potentiële Participant door (…) een e-mail.*
> *Als de potentiële Participant is geaccepteerd en nadat de waarde per participatie tegen intrinsieke waarde per maandeinde is berekend worden de Participaties toegekend. Dit wordt door middel van een schrijven door de Beheerder aan de Participant kenbaar gemaakt (…)*

2.7 Op 24 december 2019 heeft De Veste de participanten in het TFH bericht:

> *(…) De Veste is voornemens haar beheeractiviteiten te beëindigen. Voor de overdracht van het beheer van het Trade Finance Handelsfonds is een overeenkomst gesloten met een Nederlandse fondsbeheerder. Totdat de overdracht is geëffectueerd neemt De Veste geen nieuwe participanten aan. Ook bijstorten door zittende participanten is thans niet mogelijk. Wij wijzen erop dat dit niets te maken heeft met de belegging in of de relatie met Capstone maar alleen betrekking heeft op de overdracht van het fonds aan een andere beheerder.*
> *Zodra stortingen weer geaccepteerd kunnen worden, zult u daarover worden geïnformeerd. (…)*

2.8 In het voorjaar van 2020 heeft de consument twee stortingen ten gunste van het TFH verricht. Deze bedroegen € 8.775,25 (17 februari 2020) en € 8.275,76 (1 maart 2020), in totaal € 17.051,- (afgerond).

Klacht, vordering en verweer

2.9 In het klachtformulier vordert de consument dat De Veste wordt veroordeeld een bedrag van € 10.000,-, te vergoeden, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 17 februari 2020. Deze vordering berust op de stelling dat De Veste de stortingen van 17 februari en 1 maart 2020 heeft geaccepteerd terwijl dit volgens de consument in strijd is met haar bericht van 24 december 2019. Het bedrag van € 10.000,- is gelijk aan het gestorte bedrag van in totaal € 17.501,- na aftrek van hetgeen De Veste heeft overgemaakt of nog zal overmaken naar een rekening van de consument bij een andere financiële dienstverlener (in de klacht aangeduid als 'Jouw Pensioen'). In zijn repliek (brief van 19 mei 2022) heeft de consument vermeld dat hij vordert De Veste te veroordelen tot terugbetaling van de stortingen van € 8.775,25 en € 8.275,76.

2.10 De Veste heeft verweer gevoerd. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Termijnoverschrijding?

3.1 Volgens De Veste is de klacht niet tijdig aan Kifid voorgelegd. De Veste stelt dat de consument voor het eerst op 24 februari 2021 bij haar heeft geklaagd, maar meer dan een jaar daarna zijn klacht bij Kifid heeft ingediend, zodat de reglementaire termijn van één jaar is overschreden.

3.2 De commissie constateert dat de klacht op 2 maart 2022 bij Kifid is ingediend, zodat dit verweer moet worden beoordeeld volgens het tot 1 april 2022 geldende reglement. Volgens artikel 5 van dit reglement moet een klacht worden ingediend binnen (a) een jaar na het voorleggen van de klacht aan de financiële dienstverlener (artikel 5.1) of (b) binnen drie maanden na de brief waarin de financiële dienstverlener definitief zijn standpunt over de klacht kenbaar maakt (artikel 5.2). Uit de stukken blijkt inderdaad dat de consument op 24 februari 2021 bij De Veste heeft geklaagd. Vervolgens hebben partijen langdurig gecorrespondeerd, totdat De Veste in haar e-mail van 28 december 2021 mededeelde dat zij haar handelwijze eerder al had uitgelegd en niets had toe te voegen. Naar het oordeel van de commissie heeft De Veste met de e-mail van 28 december 2021 haar definitieve standpunt kenbaar gemaakt, waaruit volgt dat de driemaandentermijn van artikel 5.2 op 28 december 2021 is gaan lopen en dat de klacht tijdig – op 2 maart 2022, dus binnen drie maanden daarna – bij Kifid is ingediend. Van termijnoverschrijding is dus geen sprake.

Beroep op artikel 6:89 BW

3.3 De Veste stelt dat de consument niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd als bedoeld in artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (BW), omdat hij de inleg op zijn participaties begin 2020 heeft gestort, maar niet eerder dan februari 2021 bij De Veste heeft geklaagd. Dit verweer slaagt niet omdat, volgens rechtspraak over artikel 6:89 BW , de (particuliere) cliënt in een relatie van beleggingsdienstverlening in beginsel ervan mag uitgaan dat de dienstverlener zijn zorgplicht naleeft en hem bovendien een redelijke termijn voor beraad moet worden gegund. Bovendien stelt de consument dat hij pas medio 2020 heeft vernomen van het bericht van 24 december 2019. De Veste heeft in reactie daarop geen bewijsstukken ingediend die aantonen dat de consument dit bericht al op 24 december 2019 heeft ontvangen. Gelet daarop is niet gebleken dat de consument niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd.

Inhoudelijke beoordeling

3.4 Kern van de klacht is dat De Veste, wegens haar bericht aan de participanten van het TFH van 24 december 2019 (zie 2.7), de stortingen uit de twee koopsompolissen van februari en maart 2020 (zie 2.8) niet had mogen accepteren.

3.5 Partijen zijn het oneens over het moment waarop de consument is toegetreden tot het TFH en de betekenis van het bericht van 24 december 2019. Volgens De Veste is de consument in september 2019 geaccepteerd als participant in het TFH, maar is afgesproken dat hij pas later zou storten. Het bericht van 24 december 2019 moet, aldus De Veste, worden opgevat als een besluit om niet langer nieuwe participaties in het TFH aan te bieden. Ook heeft zij gesteld, in correspondentie met de consument, dat dit bericht alleen voor bijstortingen gold en daarom niet voor de eerste storting. De consument heeft hiertegen ingebracht dat hij anders wordt behandeld dan de overige participanten en dat de Veste niet inzichtelijk maakt waarom zij de eerste storting anders behandelt dan latere (bij)stortingen.

3.6 De commissie constateert dat partijen geen feiten en omstandigheden stellen waaruit de ene of de andere uitleg zonder meer voortvloeit. Bepalend, naar het oordeel van de commissie, is de context waarin het bericht van 24 december 2019 is verstuurd en het feitelijke moment waarop de consument tot het TFH is toegetreden. De context van het bericht van De Veste is dat de AFM had besloten de vergunning van De Veste in te trekken. In verband daarmee had De Veste een plan opgesteld tot het overdragen van het beheer van TFH aan een andere fondsbeheerder. Onder die omstandigheden moet het bericht redelijkerwijs in die zin worden opgevat dat het aantal participaties (en dus ook de inleg daarop) tijdelijk werd gefixeerd in verband met de overdracht aan een andere fondsbeheerder en dat daarom tot nader order geen stortingen zouden worden geaccepteerd. Aan De Veste kan worden toegegeven dat de situatie in deze zaak bijzonder is, omdat partijen al in september 2019 hadden afgesproken dat de consument in het TFH zou participeren terwijl hij zijn stortingen pas een aantal maanden later zou verrichten. Naar het oordeel van de commissie maakt deze bijzondere afspraak geen wezenlijk verschil, omdat evengoed in het geval van de consument geldt dat hij pas na die stortingen daadwerkelijk (effectief) tot het TFH toetrad.

3.7 Uit de in 3.6 genoemde omstandigheden volgt dat de Veste, wegens het bericht van 24 december 2019, de stortingen van de consument niet had behoren te accepteren. Door de stortingen wel te accepteren is zij toerekenbaar tekortgekomen in de nakoming van haar verbintenissen jegens de consument.

3.8 De Veste voert aan dat, als al schade is geleden, een causaal verband tussen haar tekortkoming en de schade ontbreekt. Volgens haar is de schade een gevolg van een debiteurenrisico dat zich heeft verwezenlijkt doordat Capstone haar betalingsverplichtingen aan het TFH niet nakomt. Dit verweer wordt verworpen.

Hiervoor is immers geconstateerd dat De Veste de stortingen op 17 februari en 1 maart 2020 niet had behoren te accepteren. Het desondanks accepteren van de stortingen – terwijl een participatie in het TFH op dat moment niet of nauwelijks kon worden verhandeld – is wel degelijk een handeling waardoor de schade is veroorzaakt.

3.9 Beoordeeld moet worden tot welke schade de tekortkoming heeft geleid. De schade wordt begroot door het vergelijken van (a) de feitelijke situatie, waarin de consument met een bedrag van € 17.051,- in het TFH heeft geparticipeerd en (b) de hypothetische situatie waarin de tekortkoming achterwege zou zijn gebleven, wat zou hebben betekend dat De Veste de storting van € 17.051,- niet zou hebben geaccepteerd en meteen aan de consument terugbetaald. De schade bedraagt daarmee € 17.051,- met dien verstande dat (a) op dit bedrag de door de consument op zijn participaties in het TFH ontvangen uitkeringen in mindering worden gebracht; (b) de consument na ontvangst van deze schadevergoeding zijn participaties in het TFH aan De Veste moet overdragen. Bij deze overdracht is van belang dat De Veste in haar verweerschrift heeft gesteld dat zij participanten de mogelijkheid heeft geboden van een overstap naar een fonds van een andere fondsbeheerder (het W&O Asset Backed Securities Fund, in de stukken ook aangeduid als 'Jouw Pensioen') en dat de consument heeft gekozen voor die overstap. Uit de daarna ingediende stukken blijkt echter niet of de overstap inmiddels heeft plaatsgevonden. Voor zover dit het geval is, zal de consument (ook) zijn participaties in het W&O Asset Backed Securities Fund aan De Veste moeten overdragen.

3.10 De Veste heeft een beroep gedaan op artikel 6:101 BW, op grond waarvan schade voor rekening van een schade lijdende partij kan blijven. Hetgeen De Veste in dit verband stelt – er was geen sprake van advies, maar aanbieden en de consument heeft zelf besloten in het TFH te participeren – zijn geen omstandigheden die aanleiding geven voor schadeverdeling op grond van artikel 6:101 BW.

3.11 De consument vordert wettelijke rente over het te vergoeden bedrag. Bij gebrek aan voldoende onderbouwing van de aanvangsdatum zal de wettelijke rente worden berekend vanaf de indiening van de klacht bij Kifid, dus vanaf 2 maart 2022.

Slotsom

3.12 Gezien het voorgaande zal de commissie beslissen dat De Veste een bedrag van € 17.051,- moet vergoeden, met aftrek van het bedrag van de door de consument op zijn participaties in het TFH ontvangen uitkeringen en te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 2 maart 2022. Ook zal worden beslist dat de consument, na ontvangst van de genoemde schadevergoeding, zijn participaties in het TFH en (voor zover de overstap heeft plaatsgevonden) zijn participaties in het W&O Asset Backed Securities Fund aan De Veste overdraagt. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie:

(a) beslist dat De Veste, binnen vier weken na verzending van deze uitspraak aan partijen, aan de consument een bedrag van € 17.051,- betaalt, met aftrek van het bedrag van de door de consument op zijn participaties in het TFH ontvangen uitkeringen en te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 2 maart 2022 tot aan de dag van algehele betaling;

(b) beslist dat de consument, zoals overwogen in 3.9 hiervoor, na ontvangst van de onder (a) bedoelde schadevergoeding, zijn participaties in het TFH en voor zover hij die heeft zijn participaties in het W&O Asset Backed Securities Fund aan De Veste overdraagt; en

(c) wijst het meer of anders gevorderde af.

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

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout. De beslissing van de commissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie vanaf 1 april 2017, te vinden op www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999
Website: www.kifid.nl