

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-403  
(mr. drs. S.F. van Merwijk, voorzitter, prof. dr. A Buijs en J.C. Buiten, leden en  
mr. M.J.M. Fennis, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 22 december 2016  
Ingediend door : Consument  
Tegen : De Veste B.V., gevestigd te Breda, verder te noemen De Veste  
Datum uitspraak : 9 juli 2018  
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

## **Samenvatting**

Consument kwalificeerde op grond van de Wft ook als professionele belegger (vanwege de hoogte van de investering) maar is door De Veste daarvan niet in kennis gesteld, waardoor hij toch als niet-professionele belegger te gelden heeft. Daarom gold een zwaardere zorgplicht. De Veste heeft Consument voorts niet enkel geïnformeerd maar ook geadviseerd. Daarbij heeft ze ex artikel 7:401 Burgerlijk Wetboek (precontractuele) zorgplichten op zich geladen welke zorgplichten ze niet is nagekomen. Met het tekortschieten daarin staat de onrechtmatigheid vast. De Veste dient de schade van Consument te vergoeden waarbij rekening wordt gehouden met eigen schuld aan de kant van Consument.

## **I. Procesverloop**

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier en klachtbrief;
- de aanvullende e-mail van Consument van 2 januari 2017;
- het verweerschrift van De Veste;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van De Veste;
- de brief van Consument van 4 oktober 2017 met aanvullende stukken.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

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. Op 20 oktober 2015 heeft Consument per e-mail contact gezocht met De Veste. Consument was destijds 60 jaar oud en leefde van zijn vermogen. Van zijn vermogen kwam een bedrag van ongeveer € 250.000,- beschikbaar voor herbelegging.
- 2.2. Naar aanleiding van de e-mail is er een afspraak gemaakt en hebben Consument en (een medewerker van) De Veste elkaar op 22 oktober 2015 op kantoor van De Veste gesproken. In dat gesprek is het fonds Da Vinci Diversified (“DVD”) besproken waar Consument in zou kunnen beleggen. Het DVD was een paraplu fonds waarbij het te beleggen vermogen naar keuze van de belegger gespreid kon worden belegd over een of meerdere subfondsen. De fondsen waren onder meer Esulep Trading Fund Plus, Platinum Trading Fund en Trade Finance.
- 2.3. Consument heeft op 22 oktober de brochure van het Platinum Trading Fund meegekregen. In de brochure wordt verwezen naar de website. Verder heeft Consument een overzicht meegekregen van de in het verleden behaalde resultaten van het fonds.
- 2.4. Na het gesprek op 22 oktober 2015 is er e-mailcorrespondentie gevoerd over het door De Veste aangeboden DVD en de onderscheidenlijke subfondsen. Onderwerp van discussie was daarbij onder meer het bedrag waarmee Consument wilde instappen, de instapkosten en de opzegtermijn.
- 2.5. Op 29 oktober 2015 mailt Consument aan De Veste:  
*“In vervolg op ons eerdere gesprek bericht ik u na bestudering van alle verstrekte informatie af te zien van deelname in uw fondsen  
De reden is dat ik de relatieve lange Lock-up periode bij een evt. verkoop beslissing te beperkend vind.”*
- 2.6. Daarop antwoordt De Veste onder meer als volgt:  
*“Tijdens ons gesprek vanochtend gaf u aan dat u Trade Finance wel een mooi fonds vond maar dat u niet deelneemt vanwege de lange opzegtermijnen van respectievelijk 1 jaar en 3 maanden.  
Een opzegtermijn van 1 maand is voor u wel acceptabel.  
Hierbij zeg ik u toe dat wij bereid zijn om voor u persoonlijk de opzegtermijn te verkorten tot 1 maand.  
Dit aanbod blijft van kracht in 2015.”*
- 2.7. Op 2 november 2015 heeft Consument aan De Veste geschreven:  
*“Ik heb echter nog enkele vragen, waarop ik graag duidelijkheid wil hebben*
  - *Kan ik nog intreden in het fonds voor 1% instapkosten?*
  - *Die dertig dagen, is dat vanaf datum schriftelijke opzegging*

- *Op welke koers wordt er verrekend, bij datum opzegging of bij datum uitvoering na dertig dagen*
- *Zijn er in dat geval kosten aan de verkoop verbonden*
- *Als ik naast dit fonds ook in het Platinum Trading fund en Esulep trading fund wil deelnemen, gelden dan daarvoor dezelfde condities?"*

*Graag verneem ik uw reactie ter zake*

**2.8. Dezelfde dag heeft De Veste geantwoord:**

*"U gaat wel voor de hoofdprijs. Met betrekking tot de investering in Trade Finance, Platinum en Esulep gaan wij akkoord met 1% instapkosten op voorwaarde dat deelname plaats vindt per 1 december 2015. Bij deelname na die datum geldt het gebruikelijke tarief van 2% aankoopkosten. 30 dagen geldt vanaf het moment dat uw opzegging door De Veste is ontvangen. Omdat u dit via de mail kunt doen hoeft er geen vertraging te ontstaan tussen moment van opzegging en ontvangst opzegging. Uitvoering vindt plaats op datum uitschrijving. Dus 30 dagen na opzegging. Bij opzegging binnen 1 jaar zijn er verkoopkosten van 0,5%. Om het duidelijk te houden geldt deze regel voor alle aan te kopen fondsen per 1 december."*

**2.9. Consument heeft daarop op 3 november 2015 weer geantwoord:**

*"Of ik ook de hoofdprijs krijg zal afhangen van de toekomstige resultaten, we zullen het zien Voorlopig ga ik er van uit dat dit de start zal worden van een langdurige relatie, met een voor beide partijen bevredigend resultaat  
Ik wil beginnen met op basis van deze condities € 125.000,00 in te gaan leggen  
Bijstortingen in de toekomst behoort tot de mogelijkheden  
Zoals in het gesprek al aangegeven ben ik een defensieve belegger  
Kunt u mij adviseren o.b.v. bovenstaand profiel, wat de optimale verdeling tussen de fondsen is?  
Graag hoor ik z.s.m. van u. zodat ik de formulieren kan invullen en opsturen  
In afwachting daarop verblijf ik."*

**2.10. Dezelfde dag heeft De Veste daarop geantwoord:**

*"Fijn om te horen dat u kiest voor deelname in fondsen van De Veste.  
Esulep Trading Fund Plus is zonder meer een zeer offensieve strategie. Niet geschikt voor een defensieve belegger.  
Omdat spreiding altijd een goede zaak is zou u een verdeling kunnen overwegen:  
75 Trade Finance en 50 Platinum Trading Fund."*

**2.11. Op 4 november 2015 heeft Consument het deelnameformulier voor het DVD ingevuld aan De Veste toegezonden. Hij heeft daarbij aangegeven voor een bedrag van € 125.000,- exclusief aankoopkosten te willen deelnemen. Consument heeft daarbij aangegeven als volgt in de onderscheidenlijke subfondsen te willen beleggen:**

<i>“Esulep Trading Fund Plus</i>	€ 15.000,-
<i>Platinum Trading Fund</i>	€ 35.000,-
<i>Trade Finance</i>	€ 75.000,-
<i>Subtotaal</i>	€ 152.000,-
<i>Aankoopkosten 1% vlg. afspraak</i>	€ 1.250,-
<i>Totaal:</i>	€ 126.500,-“

2.12. Door ondertekening van het deelnameformulier op 4 november 2011 heeft Consument onder meer verklaard:

**“Prospectus**

*U gaat akkoord met de inhoud van het prospectus en addendum van Da Vinci Diversified.*

*Het prospectus en addendum zijn kosteloos verkrijgbaar bij de Beheerder of op [www.deveste.net](http://www.deveste.net).*

**Kennis en ervaring**

*U verklaart hierbij over voldoende beleggingservaring c.q.- kennis te beschikken om een goed oordeel te kunnen vormen over de aan deze belegging verbonden risico's, deze risico's te aanvaarden en tevens in te schatten of deze belegging past binnen uw beleggingsdoelstellingen.”*

2.13. Het Platinum Trading Fund (hierna “Platinum”) investeert op haar beurt weer haar vermogen in het op de Cayman Islands gevestigde Platinum Partners Arbitrage Value Fund (International) Ltd. (PPVA) dat wordt beheerd door Platinum Management (NY) LLC. in New York.

2.14. Op 6 juli 2016 maakte PPVA dat uittreding uit Platinum voor alle participanten werd opgeschort. Kort daarna werd de liquidatie van PPVA aangekondigd. Later is gebleken dat een groot aantal (ex-) directieleden en medewerkers van PPVA wordt verdacht van fraude. Platinum is door De Veste volledig afgewaardeerd. De kans dat Consument zijn in Platinum belegde vermogen terug ziet, is onzeker maar moet thans als niet waarschijnlijk worden ingeschat.

2.15. Inmiddels heeft Consument de beleggingen in Esulep Trading Fund Plus en Trade Finance verkocht met een koerswinst van 8-10% per jaar.

### **3. Vordering, klacht en verweer**

#### *Vordering Consument*

3.1. Consument vordert vergoeding van de schade die hij als gevolg van de belegging in het Platinum heeft geleden, zijnde het verschil tussen de inleg van € 35.000 en de uiteindelijke opbrengst.

#### *Grondslagen en argumenten daarvoor*

3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. De Veste heeft Consument geadviseerd over de beleggingen en na dat advies heeft Consument belegd in DVD waarbij Platinum en Trade Finance niet pasten bij zijn defensieve beleggingsprofiel. De Veste heeft haar (bijzondere) zorgplicht jegens Consument geschonden door te adviseren te beleggen in fondsen die niet bij het defensieve profiel van Consument pasten.

#### *Verweer van De Veste*

3.3. De Veste heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

## **4. Beoordeling**

#### *Rechtsverhouding*

- 4.1. Tussen partijen bestaat een contractuele verhouding waarop het privaatrecht (zoals met name gecodificeerd in het Burgerlijk Wetboek, hierna: BW) van toepassing is. In de privaatrechtelijke verhouding tussen De Veste en Consument is van belang wat partijen over een weer van elkaar mochten verwachten en is ruimte voor de in artikelen 6:2 en 6:248 lid 1 BW vermelde eisen van redelijkheid en billijkheid en de daaruit voortvloeiende (bijzondere) zorgplicht. Daarnaast speelt het relevante publiekrecht (met name de Wet op het financieel toezicht, hierna: Wft) een rol.
- 4.2. De bestuursrechtelijke regels van de Wft strekken tot een transparante regeling van de desbetreffende financiële markten. De Wft brengt ook bepaalde verplichtingen met zich voor een financieel dienstverlener die los staan van de privaatrechtelijke contractsverhouding. Zo worden er eisen gesteld waaraan diens informatieverstopping in haar algemeenheid dient te voldoen.
- 4.3. De Veste heeft zich op het standpunt gesteld dat Consument te gelden heeft als een professionele belegger in de zin van de Wft. De Commissie stelt vast dat Consument ten tijde van zijn beleggingen in het DVD voldeed aan het in artikel 3 sub 2 van het Besluit Definitiebepalingen Wft bepaalde. Zijn totale inleg oversteeg immers de in voorbedoeld artikel opgenomen investeringsgrens van EUR 50.000 in ruime mate. Consument had op grond hiervan inderdaad als professionele belegger te gelden in de zin van de Wft.
- 4.4. Consument heeft daar echter tegen ingebracht dat De Veste hem niet als professionele belegger heeft gekwalificeerd, althans hem daar niet van op de hoogte heeft gesteld, en hij daarom niet als zodanig kan worden aangemerkt.

De Commissie deelt deze opvatting van Consument. Op De Veste rustte op grond van de Wft namelijk de plicht Consument te kwalificeren (artikel 4:18 sub a) en hem daarvan in kennis te stellen als ook wat daarvan de gevolgen zijn voor het beschermingsniveau dat hij zou genieten. Dat heeft zij nagelaten. Dit leidt ertoe dat Consument als niet-professionele belegger in de zin van de Wft heeft te gelden en dientengevolge het zwaarst mogelijke beschermingsniveau uit die wet op hem van toepassing is.

- 4.5. Ten aanzien van die bescherming is de algemene zorgvuldigheidsnorm uit afdeling 4.2.3 Wft van belang. Met name artikel 4:19 lid 2, dat voorschrijft dat door een financiële onderneming verstrekte of beschikbaar gestelde informatie ter zake van een financieel product correct, duidelijk en niet misleidend dient te zijn. In artikel 4:20 lid 1 Wft is verder bepaald dat de informatie voorafgaand aan de totstandkoming van een overeenkomst dient te worden verstrekt die redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van het product. In het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: Bgfo) is dit nader uitgewerkt, met name in artikel 58a en verder. Aldus gaat het om informatie die de niet-professionele belegger redelijkerwijs in staat stelt om de aard en de risico's van de aangeboden financiële instrumenten te begrijpen waardoor hij met kennis van zaken beleggingsbeslissingen kan nemen. Die informatie dient ook op de veronderstelde deskundigheid en ervaring van de (gemiddelde) belegger zijn toegespitst.

#### *Advies*

- 4.6. De vraag die in eerste instantie voorligt is of De Veste heeft geadviseerd aan Consument of dat zij enkel Consument heeft geïnformeerd op basis van welke informatie Consument zelfstandig een keuze heeft gemaakt.
- 4.7. De Commissie stelt vast dat hetgeen De Veste heeft gedaan, meer was dan enkel informeren over DVD en de onderscheiden fondsen maar dat er sprake is geweest van advies. Dat blijkt met name uit het feit dat Consument in zijn hiervoor onder aangehaalde e-mail van 3 november 2015 advies heeft gevraagd wat gezien het feit dat hij zichzelf als een defensieve belegger beschouwt, een optimale verdeling tussen de fondsen is waarin hij wilde beleggen.
- 4.8. De Veste heeft daarop Consument in de e-mail van dezelfde datum uiteengezet dat Esulep Trading Fund Plus zonder meer een offensieve strategie inhield en niet geschikt was voor een defensieve belegger en Consument een verdeling van 75 (lees € 75.000) voor Trade Finance en 50 (lees € 50.000) voor Platinum in overweging gegeven.

- 4.9. Daarmee heeft De Veste meer gedaan dan enkel informeren over fondsen en beleggingstrategieën maar op grond van een door Consument gesuggereerd en overgenomen profiel geadviseerd om niet in Esulep Trading Fund Plus te beleggen en voor Trade Finance en Platinum een aan te houden spreiding geadviseerd.
- 4.10. De Commissie stelt daarbij vast dat De Veste met dat adviseren ex artikel 7:401 Burgerlijk Wetboek (BW) (precontractuele) zorgplichten op zich heeft geladen die een effecteninstelling/financiële onderneming in een vermogensadviesrelatie ten opzichte van de belegger heeft. Die zorgplichten behelzen onder meer de vereisten die zien op het aangaan van de overeenkomst als zodanig, de mededelingsplichten aan de belegger, en onderzoeksplicht naar de mogelijkheden en wensen van de belegger (ken-uw-klant-beginsel), welke zorgplichten deels voortvloeien uit de Wft.

#### *Relativiteit*

- 4.11. De Commissie stelt vast dat De Veste in het nakomen van die zorgplichten is tekortgeschoten. Aan het ken-uw-klant beginsel is geen uitvoering gegeven en evenmin is nagegaan op welke wijze de beleggingen aan de doelstellingen, wensen en mogelijkheden van Consument zouden moeten voldoen of in hoeverre die passend waren. Een behoorlijk advies heeft ontbroken.
- 4.12. Met het tekortschieten in de zorgplichten, en met name de schending van het ken-uw-klant-beginsel ex artikel 4:23 Wft is sprake van een zorgplichtschending van de zijde van De Veste. In beginsel is met een dergelijke schending uit de Wft ook de onrechtmatigheid in de zin van het BW een gegeven (Kamerstukken 29708 II, 2005-2006, nr. 19, pagina 393). De Commissie stelt vast dat de geschonden norm strekte ter bescherming van Consument en dat daarmee aan het relativiteitsbeginsel ex artikel 6:163 BW is voldaan.

#### *Schade*

- 4.13. De Veste dient in beginsel als bij uitstek deskundige partij de schade die Consument als gevolg van het tekortschieten heeft geleden te vergoeden. De schade is het door Consument geleden verlies op de belegging in Platinum.
- 4.14. De Commissie ziet voorts aanleiding een deel van de schade ex artikel 6:101 BW voor rekening van Consument te laten nu De Veste al dan niet expliciet, een beroep heeft gedaan op de eigen schuld van Consument door de te wijzen op de ervaring van Consument en op de gewisselde correspondentie waaruit blijkt dat Consument was geïnformeerd over de kenmerken en de risico's van de fondsen waarin hij belegde. Consument gaf er blijk van dat hij wist in wat voor product hij ging beleggen en welke risico's hij liep.

Gelet op alle omstandigheden van het geval acht de Commissie het redelijk dat een deel van de schade voor rekening van Consument blijft.

- 4.15. Voorts ziet de Commissie aanleiding om het verlies dat Consument op de belegging in Platinum heeft geleden, af te zetten tegen de winst die hij heeft behaald op de beleggingen in Esulep Trading Fund Plus en Trade Finance. Deze winst bedroeg naar eigen zeggen van Consument ongeveer 8-10% op jaarbasis.
- 4.16. Tot slot stelt de Commissie vast dat de schade die Consument door de belegging in Platinum heeft geleden of zal leiden nog niet vaststaat. Zoals De Veste heeft aangevoerd bestaat de theoretische mogelijkheid dat de curator nog uitkeringen zal doen. Daar valt op dit moment nog geen uitspraak over te doen.
- 4.17. Het voorgaand in acht genomen, betekent dit dat de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, reden waarom de schade op grond van artikel 6:97 BW zal worden geschat. Rekening houdend met de aard en de zwaarte van de tekortkoming van De Veste en de eigen schuld aan de kant van Consument, zal een bedrag van € 10.000 aan Consument worden toegewezen.

## **5. Beslissing**

De Commissie beslist dat De Veste binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag van € 10.000,-

*De uitspraak heeft de vorm van 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.*

*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.*