

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-206
(mr. J. Wortel, voorzitter, prof. dr. A. Buijs, mr. dr. drs. R. Knopper, leden, en
mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 23 augustus 2017
Ingediend door : Consumenten
Tegen : Duine Adviesburo B.V., gevestigd in Halsteren, verder te noemen Duine Adviesburo
Datum uitspraak : 21 maart 2019
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Volgens de beleggers is een ondeugdelijke belegging geadviseerd. De vordering wordt afgewezen op grond van verjaring.

I. Procesverloop

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

- de klachtformulieren van Consumenten met bijlagen,
- het verweerschrift van Duine Adviesburo van 30 januari 2018,
- de repliek van Consumenten van 19 maart 2018,
- de dupliek van Duine Adviesburo van 1 mei 2018 en
- de pleitnota van Consumenten.

De Commissie stelt vast dat Consumenten hebben gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daarom niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 6 september 2018 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 De heer [contactpersoon bij Duine Adviesburo, hierna: naam contactpersoon] heeft eind 2009 een aantal relaties, onder wie de heer [naam Consument I], uitgenodigd voor een voorlichtingsbijeenkomst op 4 december 2009 van een vermogensbeheerder. De heer [naam Consument I] heeft deze voorlichtingsbijeenkomst bijgewoond.

Na afloop heeft hij met de heer [naam contactpersoon] besproken dat hij het daar gepresenteerde fonds weliswaar interessant vond, maar het (prognose)rendement onvoldoende, waarna de heer [naam contactpersoon] hem heeft gewezen op de mogelijkheid van beleggen in het Cubex Fund. Bij een volgende bespreking heeft de heer [naam contactpersoon] aan de heer [naam Consument 1] documentatie over het Cubex Fund gegeven, waaronder een brochure en de fact sheet.

- 2.2 Op 10 december 2009 heeft de heer [naam Consument 1] gemaïld aan [naam tussenpersoon fondsbeheerder] N.V. (hierna: [naam tussenpersoon fondsbeheerder]):

“(...) Ik ben geïnteresseerd om direct in het [naam tussenpersoon fondsbeheerder] fonds te beleggen (>250.000 euro). Kunt u mij meer informatie sturen m.b.t. risico profiel etc.? is er een (in NL verplichte) financiële bijsluiter o.i.d. beschikbaar? (...)”

Diezelfde dag heeft de heer [X] van [naam tussenpersoon fondsbeheerder] aan de heer [naam Consument 1] gemaïld:

“(...) In eerste instantie dank voor uw interesse. [naam tussenpersoon fondsbeheerder] werkt niet rechtstreeks met de privéklant. Mogen wij u dan ook vragen om contact te zoeken met de heer (...) [naam contactpersoon], zaakvoerder van Duine Adviesburo B.V. Duine Adviesburo B.V. is zowel gemachtigd door (...) de AFM (Nederland) als door de CBFA (België) en zal u graag verder helpen. Als dusdanig is Duine Adviesburo B.V. door [naam tussenpersoon fondsbeheerder] nv aangesteld om uw rechtstreeks order in het [naam tussenpersoon fondsbeheerder] Fonds in ontvangst te nemen of om op uw verdere vragen m.b.t. het Fonds te antwoorden. (...)”

- 2.3 Consumenten hebben eind december 2009 participaties in het Cubex Fund gekocht. De heer [naam Consument 1] heeft voor een bedrag van € 50.000,- participaties gekocht, mevrouw [naam Consument 2] voor een bedrag van € 200.000,- en mevrouw [naam Consument 3] voor € 50.000,-.

- 2.4 Overgelegd is een brochure van het Cubex Fund. Daarin staat:

“(...) Het Cubex fonds is een open fonds en is geregistreerd via de Caymaneilanden. Het (...) is een 100 procent cash management fonds met als doel het genereren van een vaste absolute return via het waarborgen en tot stand brengen van fysieke trades in edelmetalen met als voornaamste edelmetaal goud. (...)”

Het Cubex fonds is een 100% cashfonds dat zijn liquide middelen ter beschikking stelt via een documentair krediet voor het tot stand brengen van een forwardcontract met een vaste winstmarge tussen een mijn en een Zwitserse raffinaderij voor het verhandelen en importeren van fysiek goud naar Zwitserland.

Het doel van de investeringstrategie is het verzekeren van een stabiele opbrengst van 12 procent per jaar en een 100% garantie op het geïnvesteerde kapitaal in het fonds. (...)

Er is geen transfer van gelden vanuit het fonds; de gelden worden enkel ter waarborg gesteld via een documentair krediet.

Het getransfereerd goud blijft altijd ten voordele van het Cubex fonds voor 100% van het gewaarborgde bedrag in het documentair krediet.

Er gebeurt enkel een betaling van de raffinaderij naar de mijn nadat de edelmetalen reeds bij de raffinaderij zijn aangekomen via verzekerd transport. (...)

Het rendement verwoordt zich in een aangroei in de waarde van uw deelbewijs na fondskosten en voor poliskosten. Het jaarlijks target rendement van 12% bruto wordt uitgekeerd à rato van 3% per kwartaal. (...)

De duurtijd van de investering in het fonds is onbepaald en de investeerder heeft het recht zijn deelbewijzen op de eerste werkdag van iedere maand te verzilveren (...) op 'huidige deelbewijs waarde'. (...)

FAQs

100% continue kapitaalsbescherming

12% per annum stabiele opbrengst

Beleggers kunnen vanaf 1 januari 2009 tegen een stabiele opbrengst van 3% per kwartaal investeren in het Fonds dat in België en Nederland verdeeld wordt door [naam tussenpersoon fondsbeheerder]. In deze bijlage daarom ruim aandacht voor deze nieuwe vorm van beleggen.

Wat zijn de kenmerken van het Fonds?

- Target uitkering van 3% per kwartaal hetzij 12% per jaar en dit na fondskosten én voor poliskosten
- De inleg gebeurt in een polis van Irish Life International (...).
- De inleg in deze polis kan vanaf € 30.000,00.
- Rechtstreekse investeringen in het Fonds zijn mogelijk vanaf € 250.000,00
- Deelname één week voor de eerste dinsdag van iedere maand
- Uittreden altijd mogelijk
- Maandelijke verhandelbaarheid, geen opzegtermijn
- Valutarisico wordt afgedekt
- Bij uittreding de hoofdsom terug (...)"

- 2.5 In juni 2010 heeft mevrouw [naam Consument 2] bij [naam fondsbeheerder], de beheerder van het Cubex Fund, een verzoek tot afkoop van haar participaties Cubex Fund ingediend. Omdat betaling uitbleef heeft zij [naam fondsbeheerder] bij brief van 16 november 2010 gesommeerd het belegde bedrag terug te betalen:

“(...) complaint regarding investments (...)

As of January 2010 I have invested a substantial part of my money in (...) Cubex Investment Fund.

In June 2010 I gave you an order in writing to withdraw all my asse[ts] in the fund and pay them out on my bankaccount. I have never received a written confirmation of these instructions. I had to learn through mr. [X] of [naam tussenpersoon fondsbeheerder] NV, who informed my financial advisor on several occasions that my money would be paid back to me shortly. Unfortunately this has not happened thusfar.

I hereby order you to pay me all my assets in the fund within 10 days after today. If you remain negligent in doing this I hereby hold you to be liable for all losses and/or damage I suffer in any way. If you want to communicate with me you can contact my financial advisor, mr. (...) [naam contactpersoon], who has tried to contact you by email on several occasions and has asked for a personal meeting with you in order to receive information regarding the investments in the fund. He has even offered (...) to come to you in Geneve, but he also has heard nothing at all from you! (...)"

2.6 Op 26 mei 2011 heeft mevrouw [naam Consument 2] nogmaals een afkoopverzoek aan [naam fondsbeheerder] gezonden. Ook op dit verzoek volgde geen betaling.

2.7 Overgelegd is een brief van 28 mei 2011 van de 'management company' van het Cubex Fund. Daarin staat:

"(...) The management efforts of the assets of the Cubex fund are implying a permanent search for secured investments potentially able to deliver a yield of 1 percent per month plus operating fees of the fund. The Investments are essentially available in the areas of corporate mezzanine financings, real estate and trade finance in precious metals. The managers of the fund do spend a very high level of effort and time in order to [i]dentify and screen the investments. Despite a very cautious asset and liability awareness of the manager, the contractual and administrative terms and conditions of these transactions are on one hand not allowing premature reimbursement requests and on the other hand very often not matching the liquidity requirements of the fund in order to serve the quarterly dividend payments and the redemption requests. Due to the important level of requested return the managers are neither in a position to keep cash reserve in the fund. These are the reasons explaining why the fund may be late, from time to time to proceed with payments of dividends and redemptions. After due collection of the interest generated through the investments and/or the reimbursements of the investments the fund is proceeding with the interest payments and the redemptions. Please remember that the return of the fund is an expected yield and not a guarant[e]ed return. (...)"

2.8 Op 11 oktober 2011 heeft de heer [naam Consument 1] aan de heer [naam contactpersoon] gemaild:

"(...) Ik ben zeer ontevreden hoe jij het belang van mijn dochter behandelt. Dit gaat alle afspraken te buiten en is niet zakelijk.

Het brengt [naam] in de problemen (de bouw gaat starten) en de financiering is nog niet rond! Maand opzegtermijn, inleg gegarandeerd. Je geeft aan jouw klanten nog positief advies om te investeren in het fonds? En er zijn klanten van jou die al maanden hun geld terug willen (...). Hoe kan dit? (...) Je moet dit serieus nemen en er wat aan gaan doen. (...)"

2.9 Op 12 oktober 2011 heeft de heer [naam contactpersoon] per e-mail geantwoord:

“(...) Ik doe eraan wat ik kan maar [X] heb ik nodig en die komt tot dusver ook niet verder, ik krijg ook geen r[e]spons van [naam fondsbeheerder] zelf en dreig ze [met] de toezichthouder, kan [naam bank] niet overbruggen? (...)”

Op diezelfde dag heeft de heer [naam Consument 1] aan de heer [naam contactpersoon] gemaild:

“(...) Er kan best wat geregeld worden, door mij of de [naam bank].
Maar waar blijft het vertrouwen en Afspraken!! Betreft het hier een PyramideSpel? (...)”

2.10 Op 15 februari 2012 hebben Consumenten een formulier ingevuld waarin zij hebben verklaard dat zij hun inleg in Cubex geheel wilden opnemen.

2.11 De Cayman Islands Monetary Authority heeft het Cubex Fund op 6 maart 2013 onder toezicht ('controllership') geplaatst op de grond dat het fonds 'is or is likely to become unable to meet its obligations as they fall due, is carrying on business in a manner that is prejudicial to its investors or creditors [and] that the direction and management of the Company have not been conducted in a fit and proper manner'.

2.12 Bij brief van 26 april 2017 hebben Consumenten Duine Adviesburo aansprakelijk gesteld.

3. Vordering, klacht en verweer

3.1 Consumenten vorderen dat Duine Adviesburo wordt veroordeeld tot vergoeding van schade. In de zaak van de heer [naam Consument 1] is de schade begroot op € 70.000,-, in de zaak van mevrouw [naam Consument 2] op € 150.000,- en in die van mevrouw [naam Consument 3] op € 70.000,-. Aan hun vorderingen leggen Consumenten ten grondslag dat Duine Adviesburo is tekortgeschoten door te adviseren in Cubex Fund te beleggen terwijl een dergelijke belegging zich niet verdroeg met hun risicobereidheid. Verder stellen zij dat Duine Adviesburo hen ontoereikend heeft voorgelicht over de kenmerken en risico's van Cubex Fund.

3.2 Duine Adviesburo heeft de stellingen van Consumenten gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1 Kern van de klacht is dat Duine Adviesburo schade moet vergoeden omdat zij de aankoop van participaties Cubex Fund heeft geadviseerd terwijl dit voor Consumenten geen passende beleggingen waren. Duine Adviesburo heeft betwist dat zij als beleggingsadviseur is opgetreden en heeft een beroep op verjaring gedaan.
- 4.2 De Commissie overweegt als volgt. Hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, heeft bij de Commissie ernstige twijfel over het optreden van Duine Adviesburo doen rijzen. Uit het verweerschrift blijkt immers dat de heer [naam contactpersoon] desgevraagd, naar aanleiding van de opmerking van de heer [naam Consument I] dat hij geïnteresseerd was in een belegging met een hoger rendement, heeft gewezen op het Cubex Fund met de mededeling dat deze belegging er 'qua opzet best goed uitzag'. Bij een volgende bespreking heeft de heer [naam contactpersoon] documentatie van deze belegging aan de heer [naam Consument I] overhandigd. Uit de stukken blijkt ook dat [naam tussenpersoon fondsbeheerder] – de tussenpersoon die optrad namens de fondsbeheerder – aan de heer [naam Consument I] heeft medegedeeld dat Duine Adviesburo als gemachtigde van [naam tussenpersoon fondsbeheerder] kon optreden (zie 2.2 hiervoor) en dat de heer [naam contactpersoon] bemoeienis heeft gehad met de verwerking van de aanvraag ('subscription form') van Consumenten voor deelneming in het Cubex Fund.
- 4.3 Met het geheel van de in 4.2 genoemde uitlatingen en gedragingen is Duine Adviesburo gaan optreden als beleggingsadviseur. Dat is onverenigbaar met de stelling van Duine Adviesburo dat zij niet heeft gedaan wat in het algemeen in een beleggingsadviesrelatie wordt verlangd, met name het verzamelen van de cliëntgegevens op basis waarvan een beleggingsprofiel kan worden opgesteld. Daar komt bij dat Duine Adviesburo tijdens de hoorzitting niet in staat was mede te delen of zij destijds bij de AFM was geregistreerd als dienstverlener op het gebied van beleggingsdiensten.
- 4.4 Tot toewijzing van de vorderingen kan het voorgaande niet leiden omdat Duine Adviesburo een beroep op verjaring heeft gedaan, op de grond dat Consumenten op 12 oktober 2011 bekend waren met de schade en de aansprakelijke persoon en de verjaringstermijn vervolgens niet hebben gestuit binnen de termijn van vijf jaar vermeld in artikel 3:310 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). In reactie daarop hebben Consumenten gesteld dat zij pas in de jaren 2013 en 2014 hebben beseft wat de omvang van hun schade kon zijn, te meer omdat de heer [naam contactpersoon] geruststellende mededelingen had gedaan, inhoudend dat de hoofdsom zou worden terugbetaald, maar dat dit wegens allerlei procedures alleen wat langer zou duren en dat afwachten de beste optie was. In deze stellingen kunnen Consumenten echter niet worden gevolgd.

Immers, uit de communicatie tussen partijen in oktober 2011 (zie 2.8 en 2.9 hiervoor) blijkt dat Consumenten op dat moment hebben beseft dat onzeker was of zij de investering in het Cubex Fund nog terug zouden zien. Die communicatie houdt onmiskenbaar in dat Consumenten verwijten maakten aan Duine Adviesburo met betrekking tot het dreigende verlies. Verder is tijdens de hoorzitting ter sprake geweest dat de heer [naam contactpersoon] in februari 2012 een gesprek heeft gevoerd met de politie in [plaatsnaam], waar mededelingen zijn gedaan die erop neerkomen dat de personen achter het Cubex Fund werden verdacht van oplichting. Consumenten hebben niet weersproken dat dit gesprek heeft plaatsgevonden, dat de heer [naam Consument 1] daarbij aanwezig was en dat daar dergelijke mededelingen zijn gedaan. Daarom moet worden aangenomen dat Consumenten uiterlijk in februari 2012 hebben moeten beseffen dat zij schade leden of zouden gaan lijden en wie zij daarvoor aansprakelijk konden stellen.

4.5 Gelet op de omstandigheden in 4.4 hiervoor heeft Duine Adviesburo aannemelijk gemaakt dat tussen het gewaarwordingsmoment van de schade en de dag waarop zij door Consumenten aansprakelijk is gesteld (26 april 2017) meer tijd is verstreken dan de termijn van vijf jaar van artikel 3:310 lid 1 BW. Dit betekent dat het beroep op verjaring slaagt.

4.6 Het voorgaande brengt mee dat de vorderingen van Consumenten zullen worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vorderingen van Consumenten af.

Deze 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 40 van het reglement.