

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-334 d.d.
12 november 2015**

**(mr. J. Wortel, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en mr. drs. R. Knopper, leden en
mr. R. de Kruif, secretaris)**

Samenvatting

De Pensioen BV van Consument is in 2002 met 4 participaties als vennoot toegetreden in een beleggingsfonds dat als Commanditaire Vennootschap (CV) is opgericht. De betreffende participaties heeft Consument nadien ondergebracht in een andere BV en de Pensioen BV is in 2004 ontbonden. Door haar ontbinding is de Pensioen BV echter gedefungeerd als vennoot van de CV. Er is voorts geen sprake van rechtsgeldig overdracht van participaties, omdat in strijd met de overeenkomst de participaties zonder toestemming van de (resterende) vennoten zijn ondergebracht bij een andere BV van Consument. Dat de CV niet is geconfronteerd met (mogelijke) fiscale consequenties vanwege het handelen van Consument, betekent niet dat Aangeslotene het niet tot haar taak mocht rekenen de (resterende) participanten in het fonds zo veel mogelijk te beschermen tegen mogelijke (grote) fiscale gevolgen van een dergelijke overdracht van participaties. De beslissing van Aangeslotene om de Pensioen BV als gedefungeerde vennoot van de CV aan te merken, was gerechtvaardigd. De vordering is afgewezen.

Consument,

tegen

Bouwfonds Fund Management B.V., gevestigd te Hoevelaken, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende klachtformulier met bijlagen van 8 mei 2015 ;
- het verweerschrift van Aangeslotene;

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen haar advies als bindend aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 5 november 2015 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. [naam] Pensioen B.V., waarin Consument pensioenvoorzieningen had ondergebracht, is op 7 juni 2002 met vier participaties van € 12.500,- (totaal € 50.000,-) als vennoot toegetreden tot het ABN AMRO Bouwfonds Vastgoedfonds VII Distrifonds II Nederland C.V. (hierna: Distrifonds II).

2.2. Uit de oprichtingsakte van Distrifonds II blijkt dat onder ander het volgende is overeengekomen (hierna aangeduid als: de Voorwaarden):

“Overdracht

Artikel 10

10.1 Een Vennoot kan niet vrijelijk beschikken over zijn Participatie.

(...)

10.4 Een Vennoot die zijn Participatie wenst over te dragen, geeft daarvan schriftelijk kennis aan de Beherend Vennoot onder opgave van de naam en het volledige adres van de persoon aan wie hij zijn Participatie wenst over te dragen.

10.5 De Beherend Vennoot is verplicht binnen vier (4) weken na ontvangst van de kennisgeving als bedoeld in lid 4 van dit artikel de Vennoten schriftelijk omtrent de voorgenomen overdracht te informeren en de Vennoten te verzoeken uitdrukkelijke schriftelijke voorafgaande toestemming te verlenen voor de voorgenomen overdracht

(...)

Defungeren van een Vennoot

Artikel 11

11.1 Een Vennoot defungeert:

a. (...)

b. door zijn ontbinding;

(...)

Voortzetting, overneming of toedeling

Artikel 12

12.1 Indien een Vennoot defungeert door een van de oorzaken genoemd in artikel 11, lid 1, letters a tot en met g (...) zetten (...) de Overgebleven Vennoten – de zaken van de Vennootschap voor eigen rekening onder dezelfde naam voort (...)

2.3. Consument heeft [naam] Pensioen B.V. per 30 juni 2004 ontbonden. De participaties in Distrifonds II heeft Consument ondergebracht bij Beheermaatschappij [naam] B.V.

2.4. Op 11 juli 2013 heeft Consument Aangeslotene verzocht de tenaamstelling van zijn participaties te wijzigen van [naam] B.V. naar Beheermaatschappij [naam] B.V.

2.5. Vervolgens heeft de beherend vennoot, Distrifonds II Management B.V., met instemming van Aangeslotene bij brief van 1 november 2013 aan Consument bericht dat sprake is van defungeren, omdat [naam] Pensioen B.V. per 30 juni 2004 is ontbonden en dat Consument in strijd met de Voorwaarden zonder toestemming van alle vennoten zijn participaties heeft overgedragen aan een andere rechtspersoon.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert € 25.330,02 van Aangeslotene.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene haar zorgplicht heeft geschonden dan wel onredelijk en onbillijk heeft gehandeld. Consument voert de volgende argumenten aan:

3.2.1. ABN AMRO Bank heeft de participaties ooit geadviseerd als veilige pensioenbelegging en heeft vervolgens ook de overdracht van de participaties naar de andere B.V. geadviseerd. Consument stelt dat hij mocht vertrouwen dat alles goed was geregeld.

- 3.2.2. De deelneming in Distrifonds II is op onredelijke gronden en/of krachtens een onredelijke regeling ongedaan gemaakt. Aangeslotene heeft zelf ook geconcludeerd dat de regeling niet werkbaar is en heeft deze inmiddels gewijzigd.
- 3.2.3. De stelling dat de fiscale status van Distrifonds II in gevaar zou kunnen komen is nimmer hard gemaakt en valt ook niet hard te maken. Niemand, ook de fiscus niet, heeft nadeel ondervonden van de overdracht van participaties naar een andere rechtspersoon.
- 3.2.4. Bovendien zijn de (winst)uitkeringen van Distrifonds II na 2004 steeds op de rekening van Beheermaatschappij [naam] B.V. overgemaakt. Consument had dan ook geen argwaan dat iets verkeerd was gegaan.

3.3. Op de stellingen die Aangeslotene tot verweer heeft opgeworpen, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

- 4.1. Tijdens de hoorzitting op 5 november 2015 heeft Aangeslotene medegedeeld dat het beheer van Distrifonds II met ingang van 1 juli 2015 is overgenomen door Profound Assetmanagement B.V. te Amsterdam.
- 4.2. Voorts heeft Aangeslotene tijdens de hoorzitting meegedeeld dat de beheerder van Distrifonds II na intern beraad heeft besloten dat gedefungeerde participanten bij de uitkering na vereffening en beëindiging van Distrifonds II niet anders zullen worden behandeld dan de nog wel fungerende participanten. Dit betekent dat Consument te zijner tijd naar rato van zijn destijds verworven participaties zal delen in de opbrengst van de verkoop van de onderliggende assets. Daarbij heeft Aangeslotene ook medegedeeld dat Distrifonds II sinds 2010 geen winstuitkeringen meer heeft gedaan, dat momenteel de verwachting is dat ook tot de in 2017 voorziene beëindiging van het fonds geen winstuitkeringen meer zullen worden gedaan, en dat de opbrengst van verkoop van de (onderliggende) assets van Distrifonds II circa € 5.600,- per participatie zal bedragen. Aangeslotene heeft bovendien, in afwijking van haar eerdere berichten hierover, toegezegd dat de door Consument tot 2010 ontvangen (winst)uitkeringen niet in mindering op zijn aandeel zullen worden gebracht.
- 4.3. De Commissie gaat ervan uit dat Aangeslotene zich jegens Consument aan deze mededelingen zal houden. Dit brengt mee dat niet langer sprake is van de door Consument gestelde schade zodat zijn vordering moet worden afgewezen. Consument wenst dat de Commissie zich niettemin uitlaat over zijn stelling dat het besluit om Consument als gedefungeerde te behandelen als onredelijk of onbillijk dient te worden aangemerkt. Daaromtrent overweegt de Commissie als volgt.
- 4.4. In artikel II van de Voorwaarden is opgenomen dat een venoot defungeert door zijn ontbinding. Aangezien [naam] Pensioen B.V. op 30 juni 2004 is ontbonden, was op dat moment sprake van defungeren. Er is daarnaast geen sprake van rechtsgeldige overdracht van participaties, omdat Consument in strijd met de Voorwaarden zonder toestemming van alle vennoten zijn participaties van [naam] Pensioen B.V. heeft ondergebracht, eerst bij [naam] B.V. en later, bij de Beheermaatschappij [naam] B.V.

Het feit dat Aangeslotene tot 2010 wel (winst)uitkeringen van Distrifonds II op de rekening van de Beheermaatschappij [naam] B.V. heeft overgemaakt, maakt voorgaande niet anders. Immers, niet aannemelijk is geworden dat Aangeslotene reeds voor 2013 op de hoogte was van het feit dat Consument de participaties had overgedragen naar een andere B.V.

- 4.5. Het betoog van Consument dat Aangeslotene zich niet op fiscale consequenties van deze van de Voorwaarden afwijkende overdracht van de participaties kan beroepen omdat de Belastingdienst daaraan geen consequenties heeft verbonden en ook niet waarschijnlijk is dat dit zou gebeuren, gaat niet op. Het handelen van Aangeslotene werd reeds gerechtvaardigd door de mogelijkheid dat de Belastingdienst zich op het standpunt zou stellen dat na het overdragen van participaties in Distrifonds II zonder de in de Voorwaarden vereiste toestemming van alle (resterende) vennoten niet langer was voldaan aan de vereisten om het fonds als fiscaal transparant te beschouwen. Bij de toepassing van de Voorwaarden kon Aangeslotene het tot haar taken rekenen de (resterende) participanten in Distrifonds II zo veel mogelijk te beschermen tegen de mogelijke fiscale gevolgen van die overdracht.
- 4.6. De conclusie is dat niet is komen vast te staan dat Aangeslotene onrechtmatig of onredelijk heeft gehandeld.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van 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 <https://www.kifid.nl/consumenten/klacht-voor-1-oktober-2014-bij-kifid-ingediend>.