

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2016-511
(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, de heren G.J.P. Okkema en prof. drs. A.D. Bac RA,
leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 23 juni 2015
Ingesteld door : Consument
Tegen : Bouwfonds Fund Management B.V., gevestigd te Hoevelaken
Datum uitspraak : 28 oktober 2016
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Klacht over het optreden van de beheerder van een vastgoedfonds. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat de beheerder is tekortgeschoten door het afwijzen van het herfinancieringsvoorstel van de huisbank.

I. Procesverloop

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

- het ingevulde klachtformulier met bijlagen,
- het verweerschrift,
- de repliek,
- de e-mail van 22 februari 2016 waarin Consument mededeelt dat hij de uitspraak van de Commissie als bindend aanvaardt,
- de dupliek en
- de e-mail van Consument van 9 april 2016.

De Commissie stelt vast dat partijen haar advies als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 21 april 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft participaties gekocht in [..fonds X..] (hierna: [..fonds X..]).

2.2 Distrifonds heeft zich gefinancierd met een lening van een vennootschap uit [..bank I..]. Deze lening liep tot in juni 2012.

2.3 In een document gedateerd april 2011 heeft Bouwfonds Vastgoedfondsen Beheer B.V. (hierna, tezamen met Bouwfonds Fund Management B.V., aan te duiden als Bouwfonds) haar verkoopplan ten aanzien van het vastgoed van [..fonds X..] toegelicht. Over de financiering wordt daarin opgemerkt:

“(…) De vastgoedportefeuille van het Fonds is gefinancierd door (...) [..bank I..] (...). Deze lening moet uiterlijk 25 juni 2012 worden afgelost. In juni 2011 wordt de rente van de lening bij [..bank I..] herzien, waardoor vanaf deze datum een ander rentepercentage van toepassing zal zijn. Op basis van de huidige verwachtingen is uitgegaan van een rentepercentage van 4,0%, een boetevrije aflossing en een aflossing van circa 3% op de oorspronkelijke hoofdsom. Afhankelijk van het besluit inzake verkoop van de portefeuille zal de rentevaste periode worden bepaald.

Aangezien de huidige financiering bij [..bank I..] tot 25 juni 2012 loopt, dient er rekening te worden gehouden met het feit dat de financiering moet worden verlengd, dan wel opnieuw moet worden afgesloten. [..bank I..] heeft recentelijk aangegeven positief te staan tegen een eventuele verlenging van de financiering. Hieraan kunnen uiteraard geen rechten worden ontleend en een eventuele verlengingsaanvraag zal te zijner tijd door [..bank I..] worden beoordeeld. De Beheerder zal trachten de financiering bij de [..bank I..] met 2 jaar, tot juni 2014, te verlengen.

In de huidige leningvoorwaarden met [..bank I..] is geen bepaling opgenomen over aflossing bij verkoop van één van de objecten. [..bank I..] heeft aangegeven dat in geval van een verkoop waarschijnlijk circa 80% van de verkoopwaarde moet worden afgelost. Daarom is in de berekeningen uitgegaan van een aflossing van 80%. Aangezien de uiteindelijke aflossing afhankelijk is van een groot aantal factoren zoals verkoopwaarde en de situatie van de overige panden, is een 100% aflossing niet uit te sluiten.

Bij verkoop van een object zal de verkoopopbrengst in eerste instantie worden aangewend voor aflossing van de lening bij [..bank I..]. Afhankelijk van het uiteindelijk door [..bank I..] te bepalen aflossingsbedrag, zal het restant bedrag na het moment van levering van het object aan de participanten worden uitgekeerd. (...)”

2.4 Op 22 juni 2012 zijn notulen van een vergadering van [..fonds X..] aan Consument gezonden. In de begeleidende brief staat:

“(…) Tijdens de vergadering is uitgebreid gesproken over de actuele ontwikkelingen ten aanzien van de vastgoedportefeuille, de mogelijke verkoop van het object in [stad] en de stand van zaken met betrekking tot de herfinanciering van de hypothecaire lening van [..hypotheekverstrekker..] die op 25 juni 2012 expireert.

De afgelopen weken hebben zich ten aanzien van deze onderwerpen de nodige ontwikkelingen voorgedaan. Aangezien er op dit moment nog gesprekken gaande zijn, kunnen wij u nu nog niet inhoudelijk informeren over de uitkomsten daarvan. Wij verwachten u in de maand juli hieromtrent nader te kunnen informeren. Naar onze inschatting zal de gewenste duidelijkheid dan kunnen worden verschaft, dan wel zullen wij u informeren over de stand van zaken. (...)”

2.5 In haar brief van 10 juli 2012 heeft Bouwfonds aan de participatiehouders geschreven:

“(…) Op 25 juni 2012 is de hypothecaire lening (...) [..bank I..] (...) aan het Fonds geëxpireerd. Ondanks herhaalde pogingen daartoe van onze kant is het helaas nog niet gelukt om vóór de expiratedatum overeenstemming met [..bank I..] te bereiken over een verlenging van de lening.

Daarnaast is het, alle inspanningen daartoe ten spijt, niet mogelijk gebleken om herfinanciering bij een andere bank te realiseren. Het is niet de verwachting dat daar, mede in het licht van de ontwikkelingen met betrekking tot de vastgoedportefeuille, binnen afzienbare termijn verandering in zal optreden. (...)"

2.6 Bij brief van 1 november 2012 heeft Bouwfonds Consument geïnformeerd over recente ontwikkelingen bij [..fonds X..], waaronder de herfinanciering:

"(...) Zoals reeds in het halfjaarbericht 2012 weergegeven, is de hypothecaire lening op 25 juni 2012 geëxpireerd en is [..fonds X..] vanaf deze datum formeel in gebreke richting [..bank I..]. In eerdere berichtgeving dit jaar hebben wij u hier uitgebreid over geïnformeerd, evenals over de consequenties die dit mogelijkwijs voor [..fonds X..] kan hebben. De afgelopen weken heeft de fund manager wederom diverse gesprekken gevoerd met vertegenwoordigers van (...) [..bank I..].

(...) Uiteindelijk heeft dit er toe geleid dat wij recent met [..bank I..] tot overeenstemming zijn gekomen. (...) De met [..bank I..] gemaakte afspraken worden thans nader uitgewerkt en vastgelegd in een nieuwe financieringsovereenkomst.

Herfinancieringscondities [..bank I..]:

- De financiering wordt verlengd tot en met 31 maart 2014.
- Met ingang van 25 juni 2012 bestaat het rentetarief uit 3 maands Euribor met een opslag van 3%.
- De beschikbare netto huuropbrengsten worden gebruikt voor aflossing van [..bank I..].
- [..fonds X..] is aan [..bank I..] een exit fee van 5% op jaarbasis verschuldigd over de uitstaande lening in de periode tussen 25 juni 2012 en 31 maart 2013. De exit fee is pas verschuldigd na volledige aflossing van de financiering.
- [..fonds X..] is aan [..bank I..] een exit fee van 10% op jaarbasis verschuldigd over de uitstaande lening in de periode tussen 1 april 2013 en 31 maart 2014. De exit fee is pas verschuldigd na volledige aflossing van de financiering.
- [..fonds X..] houdt alleen nog [..bank I..] bankrekeningen aan, welke allen als zekerheid aan [..bank I..] zullen worden verpand.
- Bouwfonds Vastgoedfondsen Beheer BV (hierna te noemen: "de beheerder") stelt de uitbetaling van 50% van haar netto beheervergoeding uit. Deze uitgestelde beheervergoeding is pas betaalbaar na aflossing van de [..bank I..] lening, maar voor betaling van de exit fee van [..bank I..].
- Indien het verkoopproces volgens [..bank I..] te weinig resultaten oplevert, heeft [..bank I..] het recht om per 1 januari 2013 een sales agent te benoemen, die toezicht houdt op het verkoopproces.

Wij zijn ons ervan bewust dat de condities die [..bank I..] aan deze herfinanciering stelt stevig zijn en [..fonds X..] een hoge vergoeding dient te betalen. Echter, gelet op de boeterente van 1% per maand waar [..bank I..] op grond van haar kredietvoorwaarden recht op heeft, zijn wij van mening dat de gestelde voorwaarden weliswaar hoog maar acceptabel zijn. Als [..bank I..] niet bereid zou zijn geweest de financiering te verlengen en over zou gaan tot uitwinning van de door haar gevestigde zekerheden (waartoe zij thans gerechtigd is), zou de intrinsieke waarde van uw participatie(s) in [..fonds X..] nihil zijn.

Door de herfinanciering zal de intrinsieke waarde van uw participatie(s) verbeteren en kunt u mogelijk op termijn een uitkering tegemoet zien. (...)"

2.7 In antwoord op de brief van 1 november 2012 heeft Consument op 30 december 2012 gemaild:

“Hierbij reageer ik op uw brief van 1 november 2012. De reden dat ik dit eerst nu doe is puur van formele aard.

- Ik constateer dat de [..bank 1..] heeft bedongen dat de beheervergoeding voor 50% betaalbaar wordt gesteld en dat de overige 50% eerst wordt uitbetaald indien aan alle verplichtingen ten opzichte van de [..bank 1..] is voldaan. Dat besluit heeft in zich dat ook de [..bank 1..] de contractuele beheervergoeding blijkbaar niet in verhouding tot de gepleegde inspanning vindt. Ik verwijs naar de vragen die ik daarover in het verleden in de vergaderingen heb gesteld.

- In de vergadering van 19 april 2011 is vastgelegd dat het pand [stad] zou worden verkocht. De beherend vennoot kiest niet voor "doorexplotatie" van de CV. De verkoop-horizon voor de andere panden bedraagt 3 jaar en ligt derhalve ruim na de expiratie van de [..bank 1..] lening.

- In de uitgangspunten van het verkoopplan wordt gesproken over de positieve houding van de [..bank 1..] ten aanzien van verlenging van de bestaande financiering.

- Gezien de door de beherend vennoot gehanteerde verkoophorizon, de kennis en ervaring van de beherend vennoot, de jaarlijkse (hoge) fee van bijna € 300K, de verstrekte informatie etc, mochten de commanditaire vennoten er op vertrouwen dat verlenging van de lening tijdig en tegen normale condities zou worden overeengekomen. Dat blijkt niet het geval te zijn.

- Ik merk nog op dat in de vergadering van 19 april 2011 door de voorzitter van de vergadering nog expliciet is opgemerkt dat de aanwezige vennoten geen invloed kunnen uitoefenen op het besluit, gezien de verstrekte volmachten. Enkel die houding legt de verantwoordelijkheid voor het proces nog zwaarder bij de beherend vennoot. Mocht uit de handelwijze van de beherend vennoot, of beter gezegd het nalaten van tijdige maatregelen, schade ontstaan, dan houd ik deze daarvoor aansprakelijk. (...)

2.8 In de notulen van de vergadering van [..fonds X..] over 2012, die op 11 april 2013 is gehouden, staat het volgende:

“(...) In verband met de noodzakelijke verlenging van de financiering (en de mogelijke problemen die dat met zich mee zou kunnen brengen) is eind 2011 besloten een ervaren externe financieel adviseur in te huren. In die periode zijn 18 banken benaderd (waaronder [..bank 2..] (...), waarvan negen banken in eerste instantie een positieve reactie gaven. Uiteindelijk hebben ook deze laatste negen banken aangegeven de financiering niet te willen verstrekken. Deze banken gaven als voornaamste redenen: de kortlopende huurovereenkomsten, de break-optie betreffende het pand in [..woonplaats x..] en de problematische economische situatie.

Vervolgens is opnieuw contact opgenomen met de [..bank 2..], maar helaas heeft [..bank 2..] nogmaals bevestigd dat zij geen financiering wenst te verstrekken.

[..Bank 2..] is van mening dat zij deze financieringspropositie niet anders beoordeelt dan een reguliere aanvraag. Het financiële nadeel dat de participanten nu lijden, wordt veroorzaakt door de huidige vastgoed- en financieringsmarkt. Recentelijk heeft [..bank 2..] het acceptatiebeleid van nieuwe vastgoedfinancieringen aangescherpt.

Dit is gebeurd vanwege de negatieve vooruitzichten van de Nederlandse vastgoedsector. Voorlopig zullen zij zich vooral richten op het beheer van de huidige leningportefeuille. Daarnaast zijn ook de contacten aangeboord bij afdeling Marketing & Products van [..bank 2..] die destijds het fonds hebben geplaatst. Helaas hebben ook zij aangegeven dat zij geen mogelijkheden zien om extra kapitaal op te halen.

(...)

[werknemer Bouwfonds] vervolgt haar presentatie (...)

[naam participatiehouder] meent dat gesprekken met [..bank 1..] weinig zin hebben, omdat [..bank 1..] de hele activiteit wil afbouwen.

[werknemer Bouwfonds] stelt dat toch met [..bank 1..] moest worden onderhandeld, omdat de andere benaderde banken niet geïnteresseerd waren. Indien de onderhandelingen met [..bank 1..] geen resultaat zouden opleveren, dan zou een groot probleem ontstaan; er is dan immers geen financiering. Het was en is dus noodzakelijk om met [..bank 1..] in gesprek te gaan c.q. te blijven en te proberen de tarieven te verlagen. De door [..bank 1..] gestelde voorwaarden zijn aan een jurist voorgelegd en die heeft bevestigd dat [..bank 1..] dergelijke eisen kan stellen op basis van de huidige contracten en (...) algemene voorwaarden.

[naam participatiehouder] meent dat Bouwfonds REIM het herfinancieringstraject te laat heeft gestart en uitsluitend naar de banken heeft gekeken en niet naar eventuele alternatieve vormen van financiering.

[werknemer Bouwfonds] meldt dat de onderhandelingen in het voorjaar van 2011 zijn gestart. De door [..bank 1..] gestelde voorwaarden waren echter onredelijk en zouden op korte termijn al tot een situatie hebben geleid dat het fonds niet meer aan de financieringsconvenanten zou kunnen voldoen waarna ook in deze situatie de voorwaarden van de leningen zouden zijn aangepast.

In oktober 2012 is met [..bank 1..] overeenstemming bereikt over verlenging van de financiering tot 31 maart 2014. Voorts wilde de [..bank 1..] een eigen sales agent benoemen, hetgeen ook is gebeurd. Er vindt maandelijks overleg plaats tussen Bouwfonds REIM en de aangestelde sales agent.

De voorzitter voegt daaraan nog toe, dat destijds ook naar alternatieven is gekeken.

Leningfondsen, verzekeringsmaatschappijen en pensioenfondsen hebben echter geen interesse in een leningportefeuille met "slechts" een waarde van € 30 miljoen. Er zijn dus wel contacten geweest. (...)"

2.9 In de notulen van de vergadering van [..fonds X..] van 29 januari 2014 staat:

“(...) In oktober 2013 is men in contact gekomen met de [..bank 3..] (...). De voorwaarden die deze partij had gesteld waren qua pricing vergelijkbaar met de voorwaarden die [..bank 1..] en [andere bank] hebben gesteld. Vertegenwoordigers van de [..bank 3..] zijn naar Nederland gekomen om alle objecten te bezichtigen en informatie te verzamelen. Na bestudering van alle gegevens hebben zij helaas op 29 november 2013 laten weten geen financiering te willen verstrekken, omdat zij de situatie van het pand in Voorschoten te onzeker achtten.

Er is weliswaar een langjarige huurovereenkomst met [..firma X..] gesloten en [..firma X..] heeft altijd aan zijn verplichtingen voldaan, maar de situatie in de modebranche is nu grillig en [..firma X..] maakt nog steeds geen winst. Het gevolg hiervan was, dat de gesprekken met [..bank 1..] moesten worden hervat. (...)"

3. Vordering, klacht en verweer

- 3.1 Consument vordert dat Bouwfonds wordt veroordeeld tot vergoeding van zijn schade, door hem begroot op € 3.865,18. Aan deze vordering legt hij ten grondslag dat Bouwfonds, door niet tijdig zorg te dragen voor een herfinanciering van [..fonds X..], is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen als beheerder van dit fonds.
- 3.2 Bouwfonds heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Bevoegdheid van de Commissie

- 4.1 De Commissie zal eerst beoordelen of zij bevoegd is. Voor het beoordelen van deze vraag is doorgaans bepalend of er sprake is van een financiële dienst in de zin van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), omdat de definitie van financiële dienst in het Kifid-reglement verwijst naar de definitie van deze term in de Wft. In dit geval kan deze vraag echter in het midden blijven. In de reglementaire definitie van financiële dienst, onderdeel c, staat namelijk dat ook als financiële dienst geldt 'een andere financiële dienst (...) waarvoor een Aangeslotene een Consument naar Kifid heeft verwezen'. Dat laatste doet zich hier voor. In haar brief van 13 mei 2015 (bijlage 8 bij het klachtformulier) heeft Bouwfonds immers medegedeeld dat Consument zijn klacht bij Kifid kan indienen. Gelet daarop is de Commissie bevoegd om van dit geschil kennis te nemen.

Beoordeling van het handelen van Bouwfonds m.b.t. de herfinanciering

- 4.2 Aan de orde is vervolgens de vraag of Bouwfonds toerekenbaar is tekortgeschoten door in de periode vanaf 2011 niet tijdig zorg te dragen voor een herfinanciering op gunstige voorwaarden. In hun debat zijn partijen vooral ingegaan op de vraag of Bouwfonds in 2011 het herfinancieringsvoorstel van [..bank I..] heeft mogen afwijzen. Consument stelt dat Bouwfonds het herfinancieringsvoorstel niet zonder overleg met participanten had mogen afwijzen en dat het op haar weg had gelegen de herfinanciering 'af te zekeren'; volgens Consument had Bouwfonds wel mogen onderzoeken of zij de herfinanciering bij andere financiers op gunstiger voorwaarden had kunnen verkrijgen, maar had zij dit uitsluitend behoren te doen binnen de termijn van ongeveer twee maanden die door [..bank I..] was gesteld voor aanvaarding van het herfinancieringsvoorstel. Verder stelt Consument dat Bouwfonds zo nodig met [..bank I..] had kunnen (her)onderhandelen over de voorwaarden van de herfinanciering. Door het herfinancieringsvoorstel af te wijzen zonder concrete afspraken over een herfinanciering elders heeft Bouwfonds volgens Consument een onverantwoord risico genomen, met als gevolg dat zij later heeft moeten instemmen met een herfinanciering op wezenlijk ongunstiger voorwaarden.
- 4.3 De Commissie overweegt als volgt. Van een tekortschieten van Bouwfonds zou sprake zijn als zij bij haar beslissingen ten aanzien van de herfinanciering niet heeft gehandeld zoals een redelijk handelend en redelijk bekwaam fondsbeheerder betaamt.

Bij het beoordelen van deze vraag is van belang of Bouwfonds in redelijkheid heeft kunnen komen tot haar beslissing om [..bank I..]'s herfinancieringsvoorstel van april 2011 niet te aanvaarden.

4.4 Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat Bouwfonds is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen omschreven onder 4.3 hiervoor. De volgende omstandigheden zijn daarvoor bepalend:

- (a) Bouwfonds heeft aangevoerd dat aanvaarding van het herfinancieringsvoorstel van 2011 zou hebben meegebracht dat [..fonds X..] mogelijk op korte termijn in verzuim ('default') zou geraken. Zij heeft erop gewezen dat in dit voorstel een aanscherping van de 'Loan to Value' (hierna: LTV) werd geëist – in die zin dat Distrifonds in verzuim ('default') zou zijn als de LTV boven de 65% lag – terwijl de LTV eind 2010 al 60% bedroeg en eind 2011 wegens waardedaling van het vastgoed 64%. De Commissie leidt daaruit af dat, uitgaande van de destijds bekende omstandigheden, er een aanzienlijke kans bestond op een default als het herfinancieringsvoorstel was aanvaard. Ter zitting heeft Consument hiertegen ingebracht dat de maximale LTV niet zou worden overschreden als de verkoopopbrengst van het pand in [stad] werd afgelost. In deze stelling kan Consument echter niet worden gevolgd; uit de stukken volgt namelijk niet dat destijds zonder meer ervan mocht worden uitgegaan dat dit pand op zo korte termijn zou worden verkocht dat overschrijding van de LTV en een default achterwege zouden blijven.
- (b) Uit de stukken blijkt dat de door [..bank I..] voorgestelde herfinanciering neerkwam op een verlenging van ongeveer twee maanden, in die zin dat de lening in twee delen werd gesplitst waarvan deel A een looptijd had van 12 maanden (tot september 2012, dus effectief een verlenging van twee maanden ten opzichte van de bestaande financiering) en een deel B met een looptijd tot 1 september 2014. Consument heeft hiertegen ingebracht dat de looptijd van deel A – bestemd voor het pand in [stad] – moet worden gezien in het licht van het verkoopplan, waarin stond dat de verkoop van dit pand meteen na 19 april 2011 zou worden opgestart en dat verkoop een tot anderhalf jaar kon duren. Met deze stelling wordt evenwel miskend dat de mogelijkheid bestond dat het pand in [stad] niet binnen de looptijd van deel A van de herfinanciering zou worden verkocht; in haar dupliek heeft Bouwfonds immers erop gewezen dat [..bank I..] zich in haar herfinancieringsvoorstel het recht had voorbehouden, als het pand in [stad] niet werd verkocht, met geheel nieuwe voorwaarden te komen bij een verlenging van deel A van de lening.
- (c) Het is daarenboven niet gebleken dat reeds in 2011 duidelijk was dat een herfinanciering bij een andere bank dan [..bank I..] niet haalbaar zou zijn. Het staat immers vast dat Bouwfonds in 2011 met het oog op de herfinanciering een groep van achttien banken heeft benaderd en dat aanvankelijk negen banken positief hebben gereageerd en zich eerst in een later stadium wegens veranderde marktomstandigheden hebben teruggetrokken.
- (d) Het voorgaande wordt niet anders door de stelling van Consument dat vertegenwoordigers van andere financiële instellingen het optreden van Bouwfonds als onprofessioneel hebben aangeduid.

Nog daargelaten dat deze stelling door Bouwfonds is betwist en dus niet vaststaat, volgt uit de omstandigheden onder (a) tot en met (c) hiervoor dat de beslissing van Bouwfonds – om in 2011 het herfinancieringsvoorstel af te wijzen en elders financiering te zoeken – niet als onverdedigbaar kan worden beschouwd.

4.5 Gezien het voorgaande is niet gebleken dat Bouwfonds toerekenbaar is tekortgeschoten. De vordering van Consument zal worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

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.