

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-211  
(mr. J. Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en mr. dr. drs. R. Knopper, leden  
en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 3 februari 2017  
Ingediend door : Consument  
Tegen : Profound Fondsmanagement B.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen  
Profound  
Datum uitspraak : 4 april 2018  
Aard uitspraak : Bindend advies

## **Samenvatting**

Klacht over vergoeding voor de beheerder van een vastgoed-CV. Naar het oordeel van de Commissie betreft de klacht omstandigheden die voorwerp zijn geweest van besluitvorming van organen van de CV. De aan de Commissie toevertrouwde beoordeling van de zorgvuldigheid die de beheerder als financieel dienstverlener jegens zijn cliënt moet betrachten, gaat niet zo ver dat de Commissie een inhoudelijk oordeel zou kunnen geven over besluitvorming van organen van de CV.

### **I. Procesverloop**

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

- het klachtformulier met bijlagen,
- de brief van Profound van 28 februari 2017,
- de e-mail van Profound van 10 april 2017,
- de e-mail van Consument van 22 april 2017,
- de e-mail van Profound van 27 juni 2017,
- de e-mail van Consument van 3 september 2017 en
- de e-mail van Profound van 12 september 2017.

De Commissie stelt vast dat partijen bindend advies aanvaardden en dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom aan de hand van de ingediende stukken worden beslist.

### **2. Feiten**

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft participaties in het fonds Distrifonds II Nederland CV (hierna: Distrifonds).
- 2.2 In het voorjaar van 2015 heeft Bouwfonds, de toenmalige beheerder van Distrifonds, het beheer van dit fonds overgedragen aan Profound.
- 2.3 In de jaarvergadering van Distrifonds van 22 april 2015 is een voorstel tot wijziging van de beloning van de beheerder in stemming gebracht.

Dit voorstel hield in dat de eerste alinea van artikel 5.1 van de Overeenkomst van Beheer en Bewaring (hierna: de beheerovereenkomst) als volgt zou luiden:

“(…) De beloning van de Beheerder bedraagt per jaar drie en driekwart procent (3,75%) exclusief BTW, van de bij de aanvang van het betreffende boekjaar geldende theoretische huursom van de Objecten, per kalenderkwartaal vooraf te voldoen.

Onder theoretische huursom wordt verstaan de jaarlijkse bruto huurinkomsten op basis van volledige verhuur Objecten, exclusief BTW en servicekosten. Indien de ontvangen huuropbrengst lager is dan de theoretische huur dan wordt de beloning van de Beheerder over de ontvangen huuropbrengst berekend, is de ontvangen huuropbrengst hoger dan de theoretische huur dan blijft de theoretische huur als opslag voor de beloning gelden. (…)”

2.4 Het in 2.3 genoemde voorstel is aangenomen door de vergadering van participanten.

2.5 Artikel 5.1 van de beheerovereenkomst is vervolgens aangepast, maar in de eerste alinea van deze bepaling is slechts een deel opgenomen van de tekst die ter vergadering van 22 april 2015 in stemming was gebracht. In de aangepaste beheerovereenkomst luidde de eerste alinea van artikel 5.1 als volgt:

“(…) De beloning van de Beheerder bedraagt per jaar drie driekwart procent (3,75%) exclusief BTW, van de bij aanvang van het betreffende boekjaar geldende theoretische huursom van de Objecten, per kalenderkwartaal vooraf te voldoen. Onder theoretische huursom wordt verstaan de jaarlijkse bruto huurinkomsten op basis van volledige verhuur van de Objecten, exclusief BTW en servicekosten. (…)”

2.6 Overgelegd zijn de notulen van de jaarvergadering van Distrifonds gehouden op 25 april 2016. Daarin staat:

“(…) Beheervergoeding

Profound is vanaf 1 mei 2015 beheerder van Distrifonds II. (…)

De vaste vergoeding van Profound bestaat uit een assetmanagementfee van 3,25% en een fundmanagementfee van 0,50% (totaal derhalve 3,75%), welke wordt gebaseerd op:

- de bruto huurinkomsten voor de verhuurde gedeelten, tenzij de theoretische huur / markthuur (zoals deze is vastgesteld in de meest recente externe taxatie) lager is dan de bruto huur, in dat geval geldt de (lagere) theoretische/markthuur;

- de theoretische huur/markthuur (zoals deze is vastgesteld in de meest recente externe taxatie) indien sprake is van leegstand, en derhalve niet (zoals door Bouwfonds foutief aangepast in de beheer en bewaarovereenkomst) op de laatst geldende huur (artikel 5.2). Dit zou bij [Plaatsnaam I] voor het fonds nadelig zijn geweest. De theoretische markthuur is door Profound als basis genomen, zo was het immers afgesproken.

De beheer- en bewaarovereenkomst zal nogmaals, inzake artikel 5.2, (onderhands) worden aangepast op basis van het besluit van april 2015. De beheervergoedingen staan tevens expliciet vermeld in de jaarrekening 2015.

[naam Consument] vraagt waarom de beheerovereenkomst nog niet is aangepast.

[werknemer Profound] bevestigt dat de beheer- en bewaarovereenkomst zal worden aangepast hetgeen in een overleg met de klankbordgroep op 22 maart 2016 is toegezegd Het heeft gewoon weinig prioriteit gehad, met name omdat de beheerder er materieel reeds sinds 1 mei 2015 naar handelt. (...)"

- 2.7 Een groep participanten aangeduid als 'de klankbordgroep' heeft Profound in de loop van 2016 meermalen erop gewezen dat de ter vergadering van 22 april 2015 vastgestelde tekst slechts gedeeltelijk was opgenomen in het aangepaste artikel 5.1 van de beheer-overeenkomst. Consument, die tot deze klankbordgroep behoorde, heeft op 31 juli 2016 aan Profound gemaild:

"(...) Kort na de 1e toezending van dit stuk (22-07-'15) heeft de Klankbordgroep aangetekend dat een deel van de oorspronkelijke tekst van deze op 22 april gewijzigde overeenkomst, ontbrak. (...) Het gaat om de bepaling:

"Indien de ontvangen huuropbrengst lager is dan de theoretische huur dan wordt de beloning van de Beheerder over de ontvangen huuropbrengst berekend, is de ontvangen huuropbrengst hoger dan de theoretische huur dan blijft de theoretische huur als grondslag voor de beloning gelden". (...)

Wij waren verbaasd dat deze zin (...) weggelaten was. U heeft daarover gezegd er niet voor verantwoordelijk te zijn omdat deze versie nog door Bouwfonds opgesteld was, maar wel een correctie toegezegd. Die kwam met uw mail van 15-11-'15, echter zonder de eerder weggelaten bepaling! Vervolgens heb ik in het klankbordgroep overleg van 22 maart jl. er nogmaals op gewezen en heeft u de correctie opnieuw toegezegd.

Toch verzendt u nu weer een exemplaar zonder die bepaling. In de notulen verwijst u zelfs naar het jaarverslag 2015 (...), waar u uw eigen versie van deze bepalingen van de overeenkomst weergeeft. Nogmaals: Profound's beheerfee dient, bij verhuur, niet op "bruto huurinkomsten" waarover u spreekt, gebaseerd te worden, maar op de "ontvangen huurinkomsten". Een wezenlijk verschil. (...)"

- 2.8 Op 15 september 2016 heeft Profound aan Consument gemaild:

"(...) Wij begrijpen de strekking van uw e-mail van 31 juli jl. niet (...). De Profound 2015-beheervergoeding is correct berekend (...). Er is uitgegaan van de overeengekomen uitgangspunten dat als de bruto huurinkomsten hoger zijn dan de theoretische huur de Profound-vergoeding, hoe onlogisch ook, wordt berekend over de laagste van die 2 (zie object [Plaatsnaam 2] in 2015) en indien de bruto huurinkomsten lager zijn dan de theoretische huur de Profound-vergoeding wordt berekend over de bruto huurinkomsten (zie object [Plaatsnaam 3] in 2015). Deze afspraak staat niet alleen in diverse notulen maar is ook nog eens expliciet opgenomen in het jaarverslag 2015 (...). En er is natuurlijk ook naar gehandeld. (...)"

- 2.9 Op 19 september 2016 heeft Consument aan Profound gemaild:

"(...) De strekking van mijn mail van 31 juli (...) gaat niet over een interpretatie, maar over het niet juist weergeven van het besluit van de vennoten op de vergadering van 22 april 2015 waarin over het voorstel van wijziging van de overeenkomst van Beheer en Bewaring gestemd is. (...)

Het weglaten van tekst uit een geaccordeerd voorstel leidt tot een onjuiste tekst en mogelijk een verkeerde uitleg. Alvorens nu tot een "uitleg" over te gaan, lijkt het mij het beste dat eerst door u wordt erkend dat genoemde bepaling ten onrechte uit de tekst weggelaten is en dat zij er alsnog in opgenomen gaat worden (...). (...)"

- 2.10 Op 18 december 2016 heeft Profound aan Consument gemaild:

“(…) Wij zijn voornemens om het anders te gaan doen. Linksom of rechtsom lijkt het er namelijk op dat, ook met een toevoeging van "de 3de regel" in artikel 5.1. van de Overeenkomst van beheer en bewaring, er alsdan discussies blijven bestaan. Immers, we kunnen er niet om heen dat "regel 3" van artikel 5.1 zou kunnen conflicteren met de eerste 2 regels van datzelfde artikel (...).  
Derhalve zullen we op de komende jaarvergadering een aangepaste simpele vergoedingen-structuur Distrifonds II (...) voorstellen aan de stille vennoten. (...)”

2.11 Op 21 december 2016 heeft Consument aan Profound gemaild:

“(…) Uit onderstaande blijkt dat u nu dan eindelijk toegeeft dat "de 3e zin in art. 5.1 van de Overeenkomst van Beheer- en Bewaring daarvan gewoon een onderdeel is". (...) (...) er is helemaal geen sprake van een conflicterende tekst van de eerste twee zinnen met de 3e zin. Immers, onder de daar gebezigde "theoretische huur" wordt hetgeen verstaan wat in het art. staat: "de jaarlijkse bruto huurinkomsten op basis van volledige verhuur". Echter die eerste twee zinnen staan niet los van de 3e zin (...) waarin wel een beperking gesteld wordt aan die "bruto huurontvangsten". (...)”

2.12 Op 27 december 2016 heeft Profound aan Consument gemaild:

“(…) Hoewel wij het oneens zijn met uw interpretaties inzake de "3de regel" hebben wij besloten m.b.t. onze reguliere beheervergoedingen (...), deze voor 2015 (...) en 2016 af te rekenen op basis van de "ontvangen huur". De belangrijkste afweging hiervoor is dat wij thans in de afrondende fase zitten van de verlenging van de lening met [naam bank], waarbij wij als bestuurder en beheerder (...) het nodige moeten verklaren aan de bank over het wel en wee/gang van zaken binnen het fonds. (...) Het onderwerp van de beheervergoeding vanaf 1 mei 2015 zal (...) op de agenda gezet worden van de jaarvergadering 2016. (...)”

2.13 Profound heeft eind 2016 een deel van haar beheervergoeding, te weten een bedrag van € 20.625, aan Distrifonds terugbetaald.

2.14 Op 9 januari 2017 heeft Consument aan Profound gemaild:

“(…) Niet ik, maar uzelf stelt de reputatie van uw bedrijf (en uzelf) in de waagschaal door willens en wetens uw beheerfee te baseren op een 'gemankeerde tekst' van het aandeelhoudersbesluit van 22 april 2015. Daarbij gaat het (...) om een verschil van tienduizenden Euro's alleen al over 2015. (...) Jaarverslag 2015 pag. 18: Ontvangen huur (...): € 3.620.007,=. Wanneer daarover de afgesproken fee voor de periode 1-5 t/m 31-12 van 3,75 % en voor de voorafgaande 4 maanden de oorspronkelijke fee van 4 % in rekening gebracht zou zijn, dan zou de totale beheerfee voor 2015 (...) € 138.766,= bedragen hebben. Het jaarverslag vermeldt (...) € 177.976,=. Het verschil bedraagt € 39.210,=. (...)”

2.15 In haar brief van 7 april 2017 aan de participanten van Distrifonds heeft Profound geschreven:

“(…) Inzake de beheervergoeding-structuur heeft beheerder tijdens de jaarvergadering 2015 (...), gehouden in april 2016, aangegeven dat zij (...) zo mogelijk een nieuw voorstel ter goedkeuring zou voorleggen aan de participanten. (...) Er speelden ons inziens in hoofdlijnen twee zaken:

1) de definitie van de theoretische huur bij de reguliere beheervergoeding. Lees: is beheervergoeding verschuldigd over eventueel verstrekte huurincentives (investeringsbijdragen en/of huurkortingen)?

2) de verhuurvergoeding voor beheerder bij het aan de orde zijn van “wegonderhandelde”, c.q. niet meer aan de orde zijnde breakopties bij een huurder.

(...)

#### Voorstel Beheervergoeding

Beheerder heeft tijdens de jaarvergadering 2015 toegezegd te trachten met een alternatief voorstel te komen dat recht zou doen aan zowel de belangen van het fonds als die van de beheerder. Naar de mening van beheerder zou in een dergelijk voorstel sprake moeten zijn van zowel beheervergoeding op basis van bruto (gecontracteerde) huuropbrengsten, als van gemaximeerde verhuurvergoedingen indien breakopties “wegonderhandeld” zouden worden, dan wel niet meer aan de orde zouden zijn. Echter, de onzekerheid of breakopties in de toekomst daadwerkelijk “wegonderhandeld” (kunnen) worden en de vraag wanneer (en welke) objecten alsdan nog eigendom van het fonds zullen zijn, maken het voor de beheerder helaas niet mogelijk om een voorstel voor te leggen dat onder alle omstandigheden objectief een verbetering voor het fonds zal betekenen. Kort gezegd: we weten gewoon niet of de omstandigheid waarbij het terug te geven voordeel voor het fonds behaald wordt (wegwerken break optie(s)) zich in de toekomst voor zal doen. Over de initiële insteek en de uiteindelijk andere einduitkomst heeft, conform toezegging, afstemming plaatsgevonden met een drietal participanten in het fonds.

(...) door ons [is] besloten om, ingegeven door de wens om een weinig productieve en tijdrovende discussie te beëindigen, alle huidige afspraken te handhaven, waarbij op korte termijn de Overeenkomst van beheer en bewaring in artikel 5.1 wordt aangepast zoals in 2015 door Bouwfonds IM is voorgesteld. Beheerder zal verder de reguliere beheervergoeding berekenen over de ontvangen huur (mits deze lager is dan de theoretische huur). Dit ondanks het feit dat beheerder het (contractueel en principieel) onverminderd oneens is met de interpretatie van de aanbrenner bij het Kifid. Dit betekent in ieder geval een voordeel voor het fonds van € 20.625,- inzake de beheervergoedingen 2015 en 2016 maar betekent ook dat alle andere vergoeding-afspraken (inclusief die m.b.t. de breakopties) onverkort gehandhaafd blijven. (...)

2.16 Tijdens de jaarvergadering over 2016, gehouden op 25 april 2017, is gestemd over drie agendapunten, te weten het vaststellen van de jaarrekening over 2016, decharge van de beheerder en verkoop van één van de huurobjecten. Alle drie de voorgestelde besluiten zijn op die dag door een meerderheid van de participanten afgewezen.

2.17 Profound heeft vervolgens besloten een extra vergadering uit te schrijven met dezelfde agendapunten als op 25 april 2017. Deze extra vergadering heeft op 7 juni 2017 plaatsgevonden. Tijdens de vergadering op 7 juni 2017 zijn de in 2.16 genoemde agendapunten wederom in stemming gebracht en goedgekeurd door een meerderheid van de participanten.

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

3.1 Consument vordert dat Profound wordt veroordeeld tot het vergoeden van schade, gebroot op € 24.976 en te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag.

Volgens Consument is dit bedrag het verschil tussen de beheerfee over het jaar 2015 die door Bouwfonds – de vorige beheerder – in het vooruitzicht is gesteld op de vergadering van 22 april 2015 en de beheerfee die volgens het jaarverslag 2015 daadwerkelijk aan het fonds rekening is gebracht.

- 3.2 Aan zijn vordering legt Consument ten grondslag dat Profound toerekenbaar is tekortgeschoten door de door de vergadering van participanten vastgestelde tekst van artikel 5.1 niet geheel op te nemen in de aangepaste beheerovereenkomst.
- 3.3 Profound heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

#### **4. Beoordeling**

- 4.1 Distrifonds is een commanditaire vennootschap met Profound (sinds medio 2015) als beherend vennoot en de participanten, zoals Consument, als stille vennoten. Uit artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft), zoals de bepaling luidt sinds juli 2013, gelezen in samenhang met artikel 4 eerste lid onder (a) van de Richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen (Richtlijn 2011/61/EU, PbEU 1 juli 2011, L174/1), volgt dat Distrifonds moet worden aangemerkt als een beleggingsinstelling. Het beheren van een beleggingsinstelling is, nog steeds volgens artikel 1:1 Wft, een financiële dienst.
- 4.2 Dit bereik van de tot het financiële (toezichts)recht behorende normen laat uiteraard onverlet dat de vergoeding voor de werkzaamheden van een (externe) beheerder van een beleggingsinstelling wordt vastgesteld op de wijze die overeenkomt met de voor de beleggingsinstelling gekozen rechtsvorm. Het vaststellen en eventueel herzien van die vergoeding blijft onderwerp van de door wet en statuten bepaalde besluitvorming binnen die rechtsvorm. Daarin brengen de in of krachtens de Wft gestelde regels geen wijziging.
- 4.3 Consument neemt als uitgangspunt dat de – rechtstreeks ten laste van het resultaat van Distrifonds gebrachte – vergoeding van de externe beheerder aanvankelijk is vastgesteld in overleg met de participanten en dat het hem aanstonds duidelijk werd dat bij het wijzigen van de beheerovereenkomst werd afgeweken van hetgeen eerder was overeengekomen. De klacht kan dus niet worden opgevat als betrekking hebbend op onvolledig of onjuist informeren van de beleggers (participanten) op dat punt, vgl. Commissie van Beroep Kifid 6 november 2017, 2017-035, nrs. 4.28 – 4.36.
- 4.4 Profound verweert zich onder meer met de stelling dat het door Consument opgeworpen bezwaar tegen de hiervoor bij 2.5 aangehaalde wijziging van de beheerovereenkomst aan de orde is gekomen tijdens de jaarvergadering met de participanten over 2016, gehouden op 25 april 2017, terwijl een voorgesteld besluit inzake (onder meer) wijziging van de beheervergoeding alsnog door een meerderheid van de participanten is goedgekeurd tijdens een daaropvolgende extra vergadering van 7 juni 2017.

- 4.5 Consument heeft deze stelling niet betwist. De Commissie moet het er dus voor houden dat de haar voorgelegde klacht voorwerp is geweest van besluitvorming door de organen van Distrifonds, waarmee het geschil volgens een meerderheid van de vennoten (de beherend vennoot en de participanten) als geëindigd kan worden beschouwd. Daarmee staat de beëindiging van het geschil ook voor de Commissie vast. De aan de Commissie toevertrouwde beoordeling van de zorgvuldigheid die Profound in de hoedanigheid van financiële dienstverlener jegens Consument dient te betrachten, gaat niet zo ver dat de Commissie een inhoudelijk oordeel zou kunnen geven over de besluitvorming door de organen van Distrifonds.
- 4.6 Voor zover de klacht aldus moet worden begrepen dat Consument zich wil verzetten tegen het goedkeuren van het aan de participanten voorgestelde besluit tijdens de extra jaarvergadering van 7 juni 2017, kan de Commissie zich daarover niet uitlaten.
- 4.7 Hetzelfde geldt voor zover de klacht aldus moet worden begrepen dat de Commissie wordt verzocht te beoordelen welke betekenis in deze context behoorde te worden toegekend aan het begrip '(bruto) huurinkomsten' en/of op welke wijze rekening zou moeten worden gehouden met huurdersincentives of bijdragen aan huurdersinvesteringen. Dat zijn bij uitstek kwesties waarover, binnen de voor Distrifonds gekozen structuur, de vennoten dienen te beslissen. In elk geval zolang kan worden aangenomen – en dat is hier naar het oordeel van de Commissie het geval – dat het de vennoten niet onmogelijk is gemaakt of geworden zulke beslissingen te nemen, is er geen redelijk belang mee gediend dat de Commissie een uitspraak doet waarmee de door wet en statuten bepaalde beslissingsvrijheid van de vennoten wordt beperkt. Ook in zoverre beschouwt de Commissie de klacht als betrekking hebbend op iets anders dan een financiële dienst in de zin van het op deze procedure toepasselijke reglement (het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid), in werking getreden op 1 oktober 2014).
- 4.8 De Commissie merkt in het voorbijgaan op dat Consument in deze procedure een bedrag vordert dat kennelijk betrekking heeft op hetgeen Distrifonds te veel zou hebben betaald, maar niets heeft gesteld ten aanzien van (de omvang van) een door hem persoonlijk ondervonden nadeel. Wat daarvan zij, Profound heeft gesteld dat het bedrag dat volgens Consument te veel aan beheervergoeding in rekening is gebracht, weer aan het door Distrifonds behaalde resultaat is toegevoegd. Het had op de weg van Consument gelegen de feiten of omstandigheden te noemen waaruit kan volgen dat deze door Profound betrokken stelling niet juist is. Consument heeft dit niet gedaan, zodat niet aannemelijk is geworden dat het door Consument gestelde nadeel zich daadwerkelijk heeft voorgedaan.
- 4.9 Het hiervoor overwogene dient tot afwijzing van de vordering te leiden.

## **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](http://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.*