

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-408
(mr. J.S.W. Holtrop , voorzitter en mr. M.J.M. Fennis, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 7 juli 2015
Ingediend door : Consument
Tegen : Acadium Bastion B.V., gevestigd te Rotterdam, verder te noemen Tussenpersoon
Datum uitspraak : 5 september 2016
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting:

Consument heeft na advies van Tussenpersoon een bankspaarhypotheek afgesloten. Tussenpersoon heeft bij de advisering onvoldoende rekening gehouden met twee reeds bestaande spaarverzekeringen waardoor Consument op enig moment met een fiscale naheffing zal worden geconfronteerd. Tussenpersoon heeft verwijtbaar gehandeld. De klacht van Consument is gegrond. De schade die uit het handelen van Tussenpersoon voortvloeit is voor een deel vast te stellen. Een ander deel van de schade is afhankelijk van verschillende factoren die thans nog niet met voldoende zekerheid zijn te beoordelen. De vordering van Consument wordt derhalve gedeeltelijk toegewezen.

I. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- de klachtbrief van Consument met bijlagen;
- het verweerschrift van Tussenpersoon;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Tussenpersoon;
- de verklaring van Consument met diens keuze voor niet-bindend advies;
- de nadere akte van Consument van 22 februari 2016 na hoorzitting met onder meer een berekening van de schade door de financieel deskundige van Consument.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 12 januari 2016 en zijn aldaar verschenen.

Na de hoorzitting zijn partijen in de gelegenheid gesteld om met elkaar in gesprek te gaan en over en weer een nadere akte te nemen. Enkel van Consument is de hiervoor genoemde nadere akte van 22 februari 2016 met berekening van de schade ontvangen.

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

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft zich in 2004 tot Tussenpersoon gewend in verband met advies voor de financiering van de aankoop van een woning van € 750.000,-. Aan eigen middelen had Consument een vermogen van € 355.000,-.
- 2.2 De vrijstelling voor kapitaalverzekeringen was in 2004 € 137.500,- per persoon. Voor Consument en zijn echtgenote was er sprake van een dubbele vrijstelling, in totaal derhalve € 275.000,-. Uitgaande van een indexatie van 2,20% per jaar in 2004 heeft Tussenpersoon berekend dat bij een looptijd van 30 jaar het maximaal te sluiten kapitaal ongeveer € 525.000,- zou bedragen.
- 2.3 Op 25 maart 2004 heeft Tussenpersoon namens de financier aan Consument een offerte uitgebracht. Op basis van de offerte is de volgende financiering tot stand gekomen:
 - een reeds bestaande spaarhypotheek van € 147.000,- met een looptijd van 1994 – 2018.
 - een spaarhypotheek van € 378.000,- met een looptijd van 2004 – 2034;
 - een aflossingsvrije hypothecaire lening van € 46.500,-
- 2.4 Van het eigen vermogen van Consument heeft hij een bedrag van € 160.388,57 aangewend voor de premiedepots voor de spaarpolissen en heeft hij een bedrag van € 178.500,- voor aankoop van de woning gebruikt.
- 2.5 Bij de financiering van de woning is geen rekening gehouden met twee reeds bestaande kapitaalverzekeringen van Consument die eveneens onder het vrijstellingsregime KEW vallen. Eén verzekering met een looptijd van 1996 – 2011 met een in 2004 verwachte uitkering bij einde looptijd van € 45.000,- en één verzekering met een looptijd van 1996 – 2016 met een in 2004 verwachte uitkering bij einde looptijd van eveneens € 45.000,-.
- 2.6 In 2015 is er contact geweest tussen Consument en Tussenpersoon in verband met een adviesvraag over de mogelijkheden van financiering van vakantiewoningen. De financiering van de woning is daarbij ter sprake gekomen. Tussenpersoon heeft Consument op 3 maart 2015 als volgt gemaild.

Aandachtspunt voor de toekomst is het belastingvrij sparen wat u ondermeer doet met meerdere polissen, waarvan via ons intermediair drie polissen in box 3 en één, de grootste van € 378.000,-, in box 1. Zoals het er nu naar uit ziet zal u de vrijstelling voor belastingvrij sparen gaan overtreffen. Verstandig om in 2018, en in ieder geval in 2024, ons hier verder in te verdiepen
- 2.7 Consument heeft daarop niet tot 2018 willen wachten en het mogelijke probleem van een fiscale naheffing bij overlijden voor 2034 of bij in leven zijn bij afloop van de spaarverzekering in 2034 meteen willen oplossen. Partijen zijn daarover in gesprek gegaan maar dat heeft evenwel niet tot een oplossing geleid.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert:

- van Tussenpersoon compensatie voor het afdekken van het risico van een fiscale naheffing in het geval hij voor het einde van de looptijd van de spaarhypothek in 2034 zou overlijden, door Consument in de nadere akte begroot op € 5.806,20;
- van Tussenpersoon compensatie voor de fiscale naheffing bij in leven zijn bij einde looptijd in 2034, door Consument in de nadere akte begroot op tenminste € 47.814,-;
- van Kifid uitspraak over de hoogte van het indexeringspercentage dat Tussenpersoon in 2004 redelijkerwijs had mogen hanteren bij de bepaling van de hoogte van de vrijstelling KEW voor de jaren 2004 – 2034.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt kort en zakelijk op de volgende grondslag:

Tussenpersoon heeft bij de advisering in 2004 geen rekening gehouden met twee kapitaalverzekeringen uit 1996. Tussenpersoon had bij de advisering in 2004 daarmee rekening dienen te houden. Het totaal op te bouwen kapitaal dat onder de KEW valt bedraagt in totaal (naar schatting) € 615.000,- en overschrijdt de belastingvrijstelling onder de KEW waardoor Consument aan het einde van de geldlening geconfronteerd zal worden met een fiscale naheffing dan wel bij zijn voortijdig overlijden zijn nabestaanden. Tussenpersoon heeft derhalve niet gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht en dat is verwijtbaar. De schade die daaruit voortvloeit dient voor rekening van Tussenpersoon te komen.

Verweer van Tussenpersoon

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

4. Beoordeling

Zorgplicht

- 4.1 De Commissie dient te beoordelen of Tussenpersoon heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht.
- 4.2 Ingevolge het bepaalde in artikel 7:401 BW is Tussenpersoon als opdrachtnemer gehouden om bij de uitvoering van zijn werkzaamheden jegens de opdrachtgever de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. In de verhouding tussen Consument en Tussenpersoon als deskundig adviseur brengt dit mee dat Tussenpersoon bij de uitvoering van zijn (advies)werkzaamheden dient te handelen overeenkomstig hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht. Van Tussenpersoon mag worden verwacht dat zij Consument voldoende duidelijke en juiste informatie verstrekt om hem in staat te stellen een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken om de te geven adviezen al dan niet op te volgen. De gevolgen van die keuze komen dan vervolgens voor rekening van Consument. Tegen deze achtergrond moet thans worden beoordeeld of, zoals Consument stelt, Tussenpersoon toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht.

- 4.3 In 1998 heeft Consument vanwege een aanvullende financiering een verklaring op een formulier van Tussenpersoon ingevuld. In die verklaring heeft hij melding gemaakt van de twee spaarpolissen. Tussenpersoon stelt dat zij met die verklaring uit 1998 verder niets heeft behoeven te doen en dat het haar om die reden in 2004 niet meer bekend was. Tussenpersoon heeft tijdens de mondelinge behandeling naar voren gebracht dat er in 2004 wel is geïnventariseerd maar dat het dossier van Consument op enig moment is geschoond en dat het inventarisatieformulier daarbij in het ongereede is geraakt.
- 4.4 Tussen partijen staat onweersproken vast dat bij de advisering in 2004 door Tussenpersoon geen rekening is gehouden met de twee reeds bestaande polissen uit 1996 met een verwachte kapitaaluitkering van gezamenlijk € 90.000,-. In het midden gelaten of aan Tussenpersoon valt aan te rekenen dat zij niet meer over de gegevens betreffende de bestaande verzekeringen uit 1996 beschikte in 2004, valt haar wel aan te rekenen dat zij van Consument uit eigen beweging geen nadere gegevens heeft gevraagd die van belang voor de vrijstelling van zouden kunnen zijn. Dat behoorde tot haar taak. In dat geval zouden de twee polissen alsnog boven water zijn gekomen en had Tussenpersoon daarmee bij zijn advisering rekening kunnen houden. In zoverre heeft zij niet voldoende onderzoek verricht, althans heeft zij dat onvoldoende aannemelijk kunnen maken, om zodoende tot een verantwoord advies te kunnen komen. Aldus heeft zij verwijtbaar gehandeld.
- 4.5 De vraag die vervolgens dient te worden beantwoord is of daardoor schade is ontstaan en of die schade door Tussenpersoon dient te worden vergoed.
- 4.6 Tussenpersoon betwist dat er van voor vergoeding in aanmerking komende schade sprake is.
- 4.7 Tussen partijen staat eveneens onweersproken vast dat indien Tussenpersoon wel rekening zou hebben gehouden met de reeds twee bestaande polissen uit 1996, zij Consument anders zou hebben geadviseerd. Tussen partijen staat ook onweersproken vast dat Consument bij leven einde looptijd in 2034 zal worden geconfronteerd met een fiscale naheffing.

Schade bij overlijden voor de einddatum van de spaarpolis

- 4.8 Tussen partijen staat onweersproken vast dat indien Consument voor de einddatum de spaarhypotheek zal overlijden, zijn nabestaanden zullen worden geconfronteerd met een fiscale naheffing. Consument heeft dat risico inmiddels afgedekt met een overlijdensrisicoverzekering.
- 4.9 De Commissie is van oordeel dat, nu Tussenpersoon in haar verplichtingen jegens Consument is tekortgeschoten, de kosten gemoeid met het afdekken van de fiscale naheffing schade is die voor rekening van Tussenpersoon dient te komen. Indien Tussenpersoon immers juist zou hebben geadviseerd, zou Consument niet met deze kosten zijn geconfronteerd. Daarbij is van belang dat elke vorm van aanpassen van de bestaande financiering op dit moment zal leiden tot een fiscale naheffing die per saldo nadeliger is dan de bestaande financiering in stand te laten. De enige schade beperkende mogelijkheid die Consument rest, is, naar de Commissie moet aannemen, het afdekken van het risico op de fiscale naheffing door middel van overlijdensrisicoverzekering.
- 4.10 Consument heeft de schade die daaruit voortvloeit in de nadere akte berekend. De schade bestaat uit de kosten die zijn gemoeid met het afsluiten van een overlijdensrisicoverzekering op het leven van Consument voor een periode van 20 jaar tot einddatum van de lening. Consument heeft deze berekend op 20 x de jaarpremie van € 280,56 alsmede € 195,- afsluitkosten en bedraagt in totaal € 5.806,20.

Eerder heeft Tussenpersoon in haar e-mail van 1 juli 2015 een indicatie gegeven van de kosten van een overlijdensrisicoverzekering en deze geschat op ongeveer € 35,- per maand. Tussenpersoon heeft op de bij de nadere akte opgevoerde schade ondanks dat zij daartoe in de gelegenheid is gesteld, niet gereageerd en aldus niet betwist.

- 4.11 De Commissie is voorts van oordeel dat berekening van de netto contante waarde van dit bedrag gezien de huidige spaarrente geen wezenlijk verschil oplevert dat zou moeten leiden tot een aanpassing van de gevorderde € 5.806,20, reden waarom dit bedrag geheel voor toewijzing gereed ligt.

Schade bij in leven zijn op einddatum van de polis

- 4.12 Tijdens de mondelinge behandeling heeft Tussenpersoon door het vermelden van cijfermatige gegevens gesteld dat die fiscale naheffing evenwel geen schade is. Tussenpersoon heeft die zonder meer niet duidelijk geworden berekening evenwel niet op schrift gesteld, laat staan voldoende concreet toegelicht
- 4.13 Consument heeft een viertal van Tussenpersoon afkomstige berekeningen overgelegd waaruit de schade op einddatum van de looptijd van de lening zou moeten blijken. De berekeningen verschillen in te hanteren indexeringspercentages en gebruikte vrijstellingen. Uitgaande van een indexeringspercentage van 1,5% en een belastingtarief van 52% op einde looptijd in 2034, bedraagt volgens hem de te verwachten schade € 47,814,-.
- 4.14 Partijen zijn na de mondelinge behandeling in de gelegenheid gesteld met elkaar overleg te plegen en over en weer een nadere akte te nemen over de schade. Consument heeft de schade bij nadere akte berekend. Tussenpersoon heeft daar, ondanks dat zij daartoe tijdens de mondelinge behandeling uitdrukkelijk is uitgenodigd, geen akte tegenovergesteld en de schadeberekening derhalve niet betwist.
- 4.15 Niettemin kan dit evenwel naar het oordeel van de Commissie op dit moment niet leiden tot toewijzing van de gehele gevorderde schadevergoeding. De Commissie licht dat als volgt toe.
- 4.16 Vast staat dat als Consument op einddatum van de lening in 2034 in leven is, hij met de belastingdienst zal moeten afrekenen. De schade die Consument dan lijdt, hangt daarbij af van verschillende variabelen die thans nog niet vast staan. Die variabelen zijn onder meer de uitkering onder de twee kapitaalverzekeringen, de tussentijds gebruikte vrijstellingen en het dan geldende belastingtarief. Dat kan leiden tot een andere schade dan Consument thans vordert. Er zijn thans derhalve te veel onzekere factoren die er toe leiden dat de schade thans niet is vast te stellen.

Indexeringspercentage

- 4.17 Tot slot vordert Consument uitspraak van Kifid over welk indexeringspercentage Tussenpersoon voor de vrijstelling had mogen hanteren. In 2004 heeft Tussenpersoon daarvoor een percentage van 2,25% gehanteerd. De Commissie is van oordeel dat dit vanuit het in 2004 bestaande perspectief geen onredelijk indexeringspercentage was en daarvan uitgegaan zal moet worden. Dat dit percentage op basis van de huidige ontwikkelingen achteraf bezien wellicht te hoog is ingeschat, maakt niet dat Tussenpersoon daarmee verwijtbaar heeft gehandeld. De Commissie is van oordeel dat de huidige ontwikkelingen ook voor een professionele partij als Tussenpersoon onvoorzienbaar waren.

4.18 Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet leiden tot een ander oordeel en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie verklaart dat de klacht gegrond is en beslist dat Tussenpersoon binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag van € 5.806,20, en dat over de verdere gevorderde schade thans geen uitspraak kan worden gedaan.

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.