

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2017-568
(mr. dr. H.O. Kerkmeester, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA
en mr. drs. R. Knopper, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 19 april 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Utrecht, verder te noemen Rabobank
Datum uitspraak : 24 augustus 2017
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Procedure over belegging in film-CV. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat de bank Consument ontoereikend heeft voorgelicht over de fiscale aspecten en beleggingsrisico's van participaties in de CV. Verder brengt een coulancevergoeding voor andere klanten nog niet mee dat de bank verplicht is een dergelijke vergoeding aan Consument te betalen.

I. Procesverloop

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

- de klachtbrief van Consument,
- het verweerschrift van Rabobank,
- de repliek van Consument,
- de dupliek van de Rabobank,
- de e-mail van 2 november 2016 van de secretaris aan Consument, waarin wordt bevestigd dat Consument de uitspraak van de Commissie als niet-bindend zal aanvaarden,
- de e-mail van Consument van 21 december 2016,
- de e-mail van de Rabobank van 5 januari 2017 en
- de e-mail van Consument van 9 januari 2017.

De Commissie stelt vast dat Consument de uitspraak als niet-bindend aanvaardt. De uitspraak zal daarom worden gedaan in de vorm van een niet-bindend advies.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 In 2002 is Consument door zijn zoon geattendeerd op de mogelijkheid van het kopen van participaties in de commanditaire vennootschap [..de CV..] (hierna: de CV). De zoon van Consument werkte destijds bij Schretlen, een dienstverlener waarvan Rabobank rechtsopvolger is en die hierna, tezamen met Rabobank, wordt aangeduid als 'de bank'.

2.2 In haar brief van 21 maart 2002 heeft de bank aan Consument geschreven:

“(…) Zoals besproken ontvangt u hierbij de prospectus van (...) [..de CV..]. In de brochure staan de belangrijkste gegevens inzake deze Film CV vermeld.

Graag nodigen wij u uit om (...) 25 maart aanstaande een presentatie bij te wonen (...). De producent (...) zal deze presentatie verzorgen. Tevens zal (...) de financiële en fiscale aspecten van het beleggen in deze Film CV toelichten. (...)

Wij raden u ten zeerste aan de brochure volledig door te nemen, inclusief de (...) risicoparagraaf. (...)”

2.3 Eind maart 2002 heeft Consument een bedrag van € 10.000 betaald als aankoopsom voor participaties in de CV.

2.4 Omstreeks 2003 is een conflict ontstaan tussen de CV en de Belastingdienst. Het conflict is ontstaan doordat de Belastingdienst de winstvaststellingsovereenkomst ten aanzien van de CV heeft beëindigd. Volgens de Belastingdienst werd de film niet volledig voor rekening en risico van de CV geproduceerd, terwijl dit een vereiste was voor het fiscale voordeel.

2.5 Bij brief van 14 september 2004 heeft de beherend vennoot van de CV (hierna: de beherend vennoot) aan Consument geschreven:

“(…) Hierbij rapporteren wij over (...) de afstemming met de belastingdienst (...). De schriftelijke vragen (...) zijn door de CV schriftelijk beantwoord. In vervolg hierop is op (...) 9 september een bespreking geweest bij de belastingdienst. (...)

Conclusie (...) is dat nog geen overeenstemming is over de fiscale interpretatie van een aantal wezenlijke punten (...). (...)

Voor u als participant betekent dit dat u wederom uitstel van aangifte dient aan te vragen over 2002 en 2003. Ook kunt u ervoor kiezen om toch reeds aangifte te doen met daarbij een brief met daarin de expliciete vermelding dat de beoordeling van het resultaat uit uw deelname in [..de CV..] nog niet is afgerond door de belastingdienst (...). (...)

De bespreking vond plaats bij de belastingdienst in Hilversum (...). Het gesprek ging in hoofdzaak over de volgende punten:

1) Is er wel of niet voldoende geïnvesteerd vóór 16 juli 2002

2) Voor wiens rekening komt de budgetoverschrijding bij de productie van de speelfilm

3) Zijn er wel of niet meer dan 50% Nederlandse bestedingen verricht (...)”

2.6 Bij brief van 19 november 2004 heeft de beherend vennoot aan Consument geschreven:

“(…) In het kader van het overleg met de belastingdienst (...) heeft de inspecteur de winstvaststellingsovereenkomst ingetrokken (...) met de overweging dat de CV nimmer de intentie heeft gehad de uitvoerende productieovereenkomst na te leven. Ons inziens heeft de uitvoerende producent wanprestatie gepleegd. De stelling dat de CV (...) enige intentie gehad zouden hebben van niet-naleving wordt niet gedragen door de feiten. (...)”

2.7 Op 11 februari 2005 heeft de beherend vennoot aan Consument geschreven:

“(…) In ons schrijven van 19 november 2004 berichtten wij u dat u (…) zou worden geïnformeerd over de voortgang van het overleg met de Belastingdienst (...). (...) Na het eenzijdig opzeggen van de winstvaststellingsovereenkomst (...) is er door de CV bezwaar gemaakt tegen deze opzegging waarbij is aangegeven dat we wilden overleggen met de Belastingdienst (...). (...). Op (...) 28 januari 2005 heeft het overleg plaatsgevonden (...). Dit heeft niet tot een positief resultaat geleid. De Belastingdienst blijft vasthouden aan haar eerder ingenomen standpunten, gebaseerd op haar indruk dat de uitvoerend producent reeds vanaf het begin volledig haar eigen gang is gegaan en de winstvaststellingsovereenkomst niet heeft nageleefd. (...) De enige richting waarin nu nog tot een oplossing gekomen kan worden is die van een proefprocedure door één van de participanten. Hoe deze procedure het beste gevoerd kan worden wordt momenteel onderzocht (...). (...)”

2.8 Op 2 mei 2005 heeft de beherend vennoot aan Consument bericht dat zij een kort geding zou aanspannen bij de civiele rechter en voorts een procedure bij de belastingrechter:

“(…) Naar aanleiding van de recent gehouden vergadering van vennoten willen wij u (...) informeren (...). (...) Ter vergadering zette (...) uiteen dat de CV een kort geding voor de civiele rechter start tegen de Belastingdienst inzake de (...) opzegging van de winstvaststellingsovereenkomst, terwijl gelijktijdig een procedure voor de belastingrechter zal worden gevoerd. De reden voor het voeren van twee procedures is gelegen in het feit dat na het voeren van een succesvolle civiele procedure de vraag wat de status van de winstvaststellingsovereenkomst is en daarmee de kaders waarbinnen de fiscale procedure gevoerd moet worden niet meer in discussie is in de fiscale procedure. (...)”

2.9 Op 22 april 2010 heeft de beherend vennoot aan Consument geschreven:

“(…) Hierbij een update over het cassatieberoep, dat inspecteur [naam] heeft ingesteld tegen het oordeel van het Gerechtshof in Amsterdam. Er zijn feitelijk twee rechtsgangen: het beroep in cassatie van de staatssecretaris (lees: de inspecteur) in de hoofdzaak, en het beroep in cassatie van belanghebbende betreffende de kostenvergoeding. Nu de inspecteur in beroep is gegaan bij de Hoge Raad, is het gepast om onzerzijds ook beroep in te stellen ter zake van de kostenvergoeding. Het beroep in cassatie van de staatssecretaris Op het beroep van de staatssecretaris is door de CV een verweerschrift ingediend. Tevens is door de CV ten behoud van rechten incidenteel beroep ingesteld. (...) Het beroep in cassatie van belanghebbende De CV heeft zelf beroep in cassatie ingesteld ten aanzien van de kostenvergoeding waartoe de inspecteur door het Hof werd veroordeeld. Omdat het hier, met instemming van de inspecteur, een proefproces betrof stelt de CV dat deze kostenvergoeding niet alleen toekomt aan belanghebbende (...) maar ook aan elk van u. (...) (...) Tijdens de afsluitende participantenvergadering werd besloten geld te reserveren voor een rechtsgang, zelfs als deze tot het Hof gevoerd zou moeten worden. (...)”

We blijven voor uw belangen vechten, zelfs als de zaak – (...) met een mogelijke terugverwijzing van de Hoge Raad naar het Gerechtshof – nog jaren voortduurt. (...)

2.10 Op 16 maart 2012 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de fiscale procedure. In het arrest heeft de Hoge Raad onder meer overwogen:

“(...)

Uitgangspunten in cassatie

(...)

3.4. Om vooraf zekerheid te verkrijgen dat de commanditaire vennoten in de CV gerechtigd zijn tot de fiscale faciliteiten van de filmstimuleringsmaatregelen zoals willekeurige afschrijving en filminvesteringsaftrek is door de CV met de Inspecteur een winstvaststellingsovereenkomst (...) gesloten. In deze winstvaststellingsovereenkomst is onder meer het volgende opgenomen:

“(...)

9. Deze winstvaststellingsovereenkomst kan door de Belastingdienst (...) op ieder moment worden beëindigd indien blijkt dat aan de Belastingautoriteiten van Nederland of van een ander land een onjuist of onvolledig beeld is gegeven van de feiten dan wel afspraken uit deze winstvaststellingsovereenkomst niet (geheel) worden nagekomen.

(...)

12. In het aanmeldingsformulier voor commanditaire vennoten wordt onderstaande tekst opgenomen:

"De ondergetekende verklaart ermee bekend te zijn dat een winstvaststellingsovereenkomst is gesloten waarin afspraken over de behandeling van zijn of haar commanditaire deelname zijn gemaakt met de Belastingdienst/P die ook voor hem/haar bindend zijn. De fiscus is uitsluitend gebonden aan hetgeen in de winstvaststellingsovereenkomst is vastgelegd. Hij/zij verklaart zich akkoord dat hij/zij niet als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming in de zin van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 wordt aangemerkt en dat hij/zij geen recht heeft op toepassing van de faciliteiten die aan medegerechtigden toekomen indien de winstvaststellingsovereenkomst met toepassing van onderdeel C9 van de winstvaststellingsovereenkomst door de Belastingdienst P is opgezegd."

(...)

4. Beoordeling van het in het incidentele beroep van belanghebbende voorgestelde middel
Het middel kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie, geen nadere motivering (...).

5. Beoordeling van de in het principale beroep van de Staatssecretaris voorgestelde middelen

5.1. De middelen keren zich tegen de hiervoor (...) weergegeven oordelen van het Hof.

5.2.1. Bij de beoordeling van middel I moet worden vooropgesteld dat de beantwoording van de vraag of de inspecteur in strijd handelt met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur door uitvoering te geven aan een in een vaststellingsovereenkomst neergelegde bepaling die gevolgen verbindt aan niet-nakoming van de overeenkomst door de belastingplichtige, een afweging vergt van feiten en omstandigheden.

5.2.2. Belanghebbende heeft voor het Hof niet aangevoerd op grond van welke feiten en omstandigheden de Inspecteur door het verlies niet in aanmerking te nemen het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden.

Door niettemin - ambtshalve - te oordelen dat de Inspecteur, door belanghebbende te houden aan het bepaalde in onderdeel C, paragraaf 12, slot, van de hiervoor onder 3.4 aangehaalde winstvaststellingsovereenkomst, heeft gehandeld in strijd met het evenredigheidsbeginsel, is het Hof buiten de grenzen van het geschil getreden. Middelonderdeel a van middel I slaagt.

6. Het principale beroep van belanghebbende en het incidentele beroep van de Staatssecretaris

Aangezien het principale beroep van de Staatssecretaris slaagt, behoeft het in het principale beroep van belanghebbende voorgestelde middel geen behandeling, evenmin als het in het incidentele beroep van de Staatssecretaris voorgestelde middel.

7. Slotsom

Op grond van het hiervoor onder 5.2.2 overwogene kan 's Hofs uitspraak niet in stand blijven. Middel I voor het overige en middel II van het principale beroep van de Staatssecretaris behoeven geen behandeling. De Hoge Raad kan de zaak afdoen. Het Hof heeft in cassatie onbestreden geoordeeld dat de Inspecteur naar privaatrechtelijke maatstaven uitvoering mocht geven aan het bepaalde in onderdeel C, paragraaf 12, slot, van de hiervoor onder 3.4 aangehaalde winstvaststellingsovereenkomst, zoals hij heeft gedaan. (...)"

2.11 Bij brief van 21 maart 2012 heeft de beherend vennoot aan Consument bericht:

"(...) De Hoge Raad heeft uitspraak gedaan (...). Helaas stelt de Hoge Raad de Inspecteur in het gelijk. Niet op inhoudelijke, maar op puur formele gronden.

Zoals bekend oordeelde het Hof dat de inspecteur de winstvaststellings-overeenkomst weliswaar mag opzeggen, maar dat de inspecteur daarbij dan wel 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur in aanmerking heeft te nemen'. Volgens het Hof is het 'evident in strijd met het evenredigheidsbeginsel' wanneer u als participant door de inspecteur rechten worden ontzegd die u op grond van de wet toekomen. De Hoge Raad volgt echter de redenering van de inspecteur dat het Hof met die uitspraak 'buiten de grenzen van het geschil is getreden' en heeft daarmee de opzegging van de winstvaststellingsovereenkomst bekrachtigd. (...) De zaak is hiermee door de Hoge Raad afgedaan; beroep is niet meer mogelijk. (...)

Het is niet waarschijnlijk dat er nog mogelijkheden zijn richting Ombudsman of Raad van Europa maar we willen alle nog openstaande routes in elk geval onderzoeken. (...)"

2.12 Bij brief van 7 april 2015 heeft de beherend vennoot aan Consument bericht:

"(...) De Hoge Raad heeft de cassatie inzake [..de CV..] uiterst teleurstellend afgedaan zonder enige motivatie:

"De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81, lid I, van de Wet op de rechterlijke organisatie, geen nadere motivering (...)."

Hiermee is ook aan de laatste procesmogelijkheid een einde gekomen.

(...) Er zijn geen verdere beroepsmogelijkheden. De Ombudsman spreekt zich niet uit over zaken die reeds in laatste instantie zijn beslist en er zijn geen Europeesrechtelijke argumenten te bedenken om richting Europees Hof te gaan.

Uw fiscale positie in deze CV blijft dus zoals deze is. Sommigen van u is de aftrek gegund, en de fiscus zal dat waarschijnlijk niet meer kunnen terugdraaien. Voor de overige participanten geldt helaas dat uw participatie in box 3 blijft. U krijgt geen teruggaaf meer van de fiscus, noch van de CV. (...)"

- 2.13 Consument heeft de bank bij brief van 20 oktober 2015 verzocht hem een schadeloosstelling van € 7.000 toe te kennen op de grond dat een dergelijke vergoeding ook aan andere klanten was betaald. De bank heeft dit verzoek afgewezen op de grond dat Consument geen klant van haar is geweest.

3. Vordering, klacht en verweer

- 3.1 Consument vordert dat de bank wordt veroordeeld tot vergoeding van schade, door hem begroot op € 7.000. Aan deze vordering legt hij ten grondslag:
- (a) dat de bank toerekenbaar is tekortgeschoten door hem, ten tijde van de aankoop van zijn participaties, ontoereikend voor te lichten over de risico's verbonden aan beleggen in de CV; en
 - (b) dat de bank, omdat zij andere klanten een schadeloosstelling van € 7.000 per participatie heeft aangeboden, gehouden is ook aan Consument € 7.000 te betalen.
- 3.2 De bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Bezwaar van de bank tegen inhoudelijke stellingen na dupliek

- 4.1 In haar e-mail van 5 januari 2017 heeft de bank aangevoerd dat Consument in zijn e-mail van 21 december 2016 zich niet heeft beperkt tot een reactie op de bijlagen bij de dupliek, maar ook inhoudelijk op de dupliek heeft gereageerd. Op die grond heeft de bank verzocht de e-mail van 21 december 2016 buiten beschouwing te laten voor zover die meer inhoudt dan een reactie op de bijlagen bij de dupliek.
- 4.2 De Commissie constateert dat een beslissing op dit bezwaar van de bank achterwege kan blijven. Grond daarvoor is dat de vordering van Consument, zoals hierna zal blijken, niet kan slagen, ook als acht wordt geslagen op de inhoud van de e-mail van Consument van 21 december 2016.

Rechtsverhouding tussen partijen

- 4.3 Volgens de bank kan Consument niet als klant van haar worden aangemerkt. Zij stelt dat Schretlen twee soorten klanten had – vermogensadvies- en vermogensbeheerklanten – en dat Consument geen van tweeën is.

Verder stelt de bank dat zij met haar klanten altijd een overeenkomst aangaat en een dossier voor hen aanmaakt, terwijl een overeenkomst en dossier in het geval van Consument niet voorhanden zijn. Consument brengt hiertegen in dat hij wel degelijk door bemiddeling van Schretlen participaties in de CV heeft gekocht; ter onderbouwing heeft hij gesteld dat zijn zoon destijds vermogensmanager bij Schretlen was en vermogensmanagers toentertijd werd opgedragen de participaties in de CV te verkopen en deze te adviseren aan vaste relaties en familieleden.

- 4.4 Naar het oordeel van de Commissie laten de vaststaande feiten de mogelijkheid open dat Consument door bemiddeling van Schretlen de participaties in de CV heeft gekocht en dat dus een relatie van effectendienstverlening tussen Consument en Schretlen heeft bestaan, zelfs als het precieze karakter van die relatie niet schriftelijk is vastgelegd. De Commissie zal echter niet overgaan tot het opvragen van nadere gegevens over dit geschilpunt, omdat – zoals hieronder zal blijken – de zaak op andere gronden kan worden beslist.

Beroep op verjaring en artikel 6:89 BW

- 4.5 De bank voert aan dat de vordering verjaard is en dat Consument niet binnen bekwame tijd, als bedoeld in artikel 6:89 BW, zich bij de bank heeft beklagd. Dit verweer wordt verworpen. Tussen partijen is niet in geschil dat tot in 2015 een proefprocedure is gevoerd over de vraag of de Belastingdienst al dan niet gehouden was de afspraken neergelegd in de winstvaststellingsovereenkomst na te leven. Pas nadat deze proefprocedure in 2015 ten einde was gekomen, had het Consument duidelijk behoren te zijn dat hij schade had geleden en had hij aanleiding zich bij de bank te beklagen en de bank aan te spreken tot schadevergoeding, wat hij bij brief van 20 oktober 2015 heeft gedaan. Dit betekent dat Consument binnen bekwame tijd heeft geklaagd en dat de verjaringstermijn van artikel 3:310 BW niet is verstreken.

Verplichting tot schadevergoeding

- 4.6 Consument voert aan dat hij schade heeft geleden doordat hij met zijn belegging in de CV niet het beoogde fiscale voordeel heeft kunnen behalen.
- 4.7 De Commissie overweegt als volgt. Afgaande op de stukken is het wegvallen van het fiscale voordeel veroorzaakt door het feit dat de Belastingdienst de winstvaststellingsovereenkomst heeft beëindigd op de grond dat de film niet volledig voor rekening en risico van de CV werd voortgebracht; de Belastingdienst leidde dit af uit de omstandigheid dat de uitvoerend producent onafhankelijk kon beslissen welke bedragen aan de film werden besteed. De beëindiging van de winstvaststellingsovereenkomst heeft geleid tot een proefprocedure tegen de Belastingdienst die uiteindelijk door de belanghebbende is verloren. Naar het oordeel van de Commissie kunnen deze omstandigheden – het beëindigen van de winstvaststellingsovereenkomst en het verliezen van de proefprocedure – niet aan de bank worden toegerekend.

Het is immers niet gebleken dat de bank deze omstandigheden in 2002, ten tijde van de aankoop van de participaties van Consument, had behoren te voorzien en Consument daarop had behoren te wijzen; evenmin is gebleken dat de bank betrokken is geweest bij de proefprocedure. Het is daarom niet komen vast te staan dat de gestelde schade is veroorzaakt door tekortschieten van de bank.

- 4.8 Verder stelt Consument dat de participaties volgens de bij aanvang ontvangen brochure een gegarandeerde minimumopbrengst van € 5.417 zouden hebben en dat in het informatiemateriaal niet is gewezen op de mogelijkheid dat het belegde bedrag geheel of deels verloren kon gaan. Naar het oordeel van de Commissie kunnen deze stellingen, ook als ze zouden komen vast te staan, niet leiden tot toekenning van schadevergoeding. Grond daarvoor is dat de overgelegde stukken onvoldoende concrete en specifieke gegevens bevatten over de mondelinge en schriftelijke informatie die Consument voor aankoop van de participaties in de CV heeft ontvangen, zodat evenmin aannemelijk is geworden dat de gestelde schade kan worden toegerekend aan ontoereikende voorlichting van de bank.

Coulance-uitkering

- 4.9 Volgens Consument is de bank, omdat zij aan een groep klanten een coulance-uitkering heeft betaald in verband met hun belegging in de CV, gehouden ook aan Consument een coulance-uitkering te betalen.
- 4.10 In dit standpunt kan Consument niet worden gevolgd. Uit de stukken blijkt immers niet dat de bank op enigerlei wijze – door het aangaan van een overeenkomst of anderszins – een verplichting heeft aanvaard tot het betalen van een coulance-uitkering aan alle beleggers die participaties in de CV hebben gekocht. Van een in rechte afdwingbare verplichting tot het betalen van een dergelijke uitkering is dan ook niet gebleken.

Conclusie

- 4.11 Hiervoor is gebleken dat de klacht op de daartoe aangevoerde gronden niet kan slagen. De vordering zal daarom worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

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.