Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0276
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, mr. F.H.E. Boerma, mr. S. Riemens, leden en mr. D.W.Y. Sie, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 22 april 2020
Ingediend door	: De heer [consument I] en mevrouw [consument II], verder samen te noemen de consumenten
Tegen	: Hypotheek Visie Centrale B.V. h.o.d.n. Hypotheek Visie Hilversum gevestigd te Best, verder te noemen de adviseur
Datum uitspraak	: 24 maart 2021
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlagen	: Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Samenvatting

Klacht over de zorgplicht van de adviseur. De consumenten zijn in 2009 een hypothecaire geldlening aangegaan via adviseur [a] en zij verwijten de (nieuwe) adviseur dat zij niet geïnformeerd zijn over de forse overschrijding van de fiscale vrijstelling van de spaarverzekeringen. De consumenten stellen daarbij dat de adviseur hun rechtsverhouding met adviseur [a] heeft overgenomen. Ook stellen de consumenten dat zij niet door de adviseur erop zijn geattendeerd - al dan niet in de gesprekken ná het verstrekte advies uit 2009 - dat zij niet beiden als verzekerden zijn vermeld op de polis van de spaarverzekeringen, waardoor zij in principe voor een lagere fiscale vrijstelling in aanmerking komen. Niet is gebleken dat de consumenten door dit advies schade hebben geleden. De commissie oordeelt dat sprake is van contractsoverneming door de adviseur en dat het op de weg van de adviseur ligt om kosteloos een hersteladvies te geven. De vordering van de consumenten wordt afgewezen.

1. De procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consumenten; 2) de aanvullende stukken van de consumenten; 3) het verweerschrift van de adviseur; 4) de repliek van de consumenten en 5) de dupliek van de adviseur.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 11 december 2020. Op de hoorzitting was de consument I aanwezig, samen met zijn vertegenwoordiger de heer mr. R.H.J.M. Silvertand. Namens de adviseur waren aanwezig: mevrouw mr. E. van Hal (advocaat) en de heer [naam]. Tijdens de zitting heeft de vertegenwoordiger van de consumenten een pleitnota overgelegd. Na de hoorzitting hebben partijen op verzoek van de commissie schriftelijk aanvullende reacties gegeven en aanvullende stukken ingezonden.

1.3 De adviseur heeft gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 Op 4 mei 2009 hebben de consumenten via de heer [X] van adviseur [a] een hypothecaire geldlening met een totale hoofdsom van € 1.130.000,- aangevraagd bij de bank. Op 21 juli 2009 hebben de consumenten via een door de heer [X] ingeschakelde tussenpersoon een offerte van de bank ontvangen.

2.2 Na een aantal wijzigingen, ten aanzien van de hypotheekvorm en de looptijd van de leningdelen, hebben de consumenten op 10 augustus 2009 de offerte getekend voor de hypothecaire geldlening. De verstrekte hypothecaire geldlening van de consumenten bestaat uit vier leningdelen, te weten:

1) een SpaarXtra Hypotheek met een hoofdsom van € 202.000,-, een looptijd van 25 jaar en een rente van 5,67% per jaar,
2) een SpaarXtra Hypotheek met een hoofdsom van € 850.0000,-, een looptijd van 21 jaar en een rente van 5,67% per jaar,
3) een Konstant Hypotheek met een hoofdsom van € 53.000,-, een looptijd van 30 jaar en een rente van 5,67% per jaar en
4) een Vermogens Advies Hypotheek met een hoofdsom van € 25.000,-, een looptijd van 30 jaar en een rente van 5,67% per jaar.

Voor de aflossing van de twee SpaarXtra Hypotheken hebben de consumenten twee SpaarXtra verzekeringen (hierna: de spaarverzekeringen) gesloten die aan de bank zijn verpand. Voor beide spaarverzekeringen geldt een rente van 7,10% per jaar.

2.3 Op 6 november 2009 hebben de consumenten het adviesrapport ondertekend van adviseur [a] dat is opgesteld door de heer [X].

2.4 Van 1 maart 2010 tot 2 december 2010 heeft de heer [X] bij de (nieuwe) adviseur gewerkt in de vestiging in [plaatsnaam]. Op 18 januari 2011 hebben de consumenten - via de heer [Y], medewerker van de adviseur - een offerte van de bank ontvangen gedateerd 17 januari 2011 voor een bouwdepot van € 42.000,- bij de hypothecaire geldlening. In de offerte staan de contactgegevens van de adviseur vermeld. De consumenten hebben uiteindelijk geen gebruik gemaakt van deze offerte. Op 21 januari 2011 hebben de consumenten van de bank per brief een offerte ontvangen voor de wijziging van het premieverloop van de spaarverzekering van € 850.000,-.

Daarin staat '*op verzoek van uw adviseur ontvangt u bijgaand een offerte onder de navolgende voorwaarden*'. Op 10 februari 2011 heeft de adviseur de consumenten per e-mail informatie toegestuurd over onder meer de premie van de spaarverzekeringen. Op 16 februari 2011 heeft de adviseur de consumenten per e-mail geïnformeerd over de aflosdata van de hypothecaire geldlening. Op 13 februari 2012 zijn de consumenten op het kantoor van de adviseur geweest met vragen over de lopende hypothecaire geldlening.

2.5 Begin 2020 hebben de consumenten ontdekt dat zij bij ongewijzigde voortzetting van de hypothecaire geldlening een fors bedrag aan de fiscus verschuldigd zullen zijn vanwege de hoogte van de spaarverzekeringen ten opzichte van de hoogte van de fiscale vrijstelling.

2.6 De klacht van de consumenten was initieel alleen aan de bank gericht. De adviseur is op basis van artikel 17 van het reglement betrokken bij de klachtprocedure.

De klacht en vordering

2.7 De consumenten stellen dat de adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden. De adviseur heeft het dossier van de consumenten overgenomen van adviseur [a]. In 2011 hebben de consumenten via de adviseur offertes ontvangen. Dit hebben de consumenten aangevraagd via de opvolger van de heer [X], de heer [Y]. De adviseur heeft de consumenten geen enkel moment erop gewezen dat er sprake was van een nieuwe contractuele (advies)relatie in plaats van een overgenomen adviesrelatie. De adviseur is daarom ook aansprakelijk voor het handelen van adviseur [a]. De negatieve fiscale gevolgen van de hypothecaire geldlening van de consumenten zijn niet besproken in de adviesgesprekken en zijn ook niet opgenomen in het adviesrapport. Adviseur [a] had de hypothecaire geldlening nooit aan de consumenten mogen adviseren. Daarnaast heeft adviseur [a] nagelaten de consumenten te waarschuwen voor de forse fiscale claim aan het einde van de looptijd van de twee spaarverzekeringen. Ook heeft de adviseur nagelaten om de consumenten te waarschuwen voor het feit dat enkel consument I als verzekerde op de polis stond aangemerkt en als enige in aanmerking kwam voor de fiscale vrijstelling. De consumenten hadden beiden in aanmerking kunnen komen voor de fiscale vrijstelling als zij beiden als verzekerden op de polis waren vermeld. De adviseur is aansprakelijk voor deze zorgplichtschending, omdat adviseur [a] destijds de consumenten heeft geïnformeerd dat hun dossier overgenomen zou worden door de adviseur.

2.8 De consumenten hebben naast de adviseur ook de bank aansprakelijk gesteld voor hun gestelde schade. De klacht over de bank wordt in een aparte uitspraak behandeld.

De consumenten hebben na raadpleging van hun advocaat en een financieel deskundige in repliek hun oorspronkelijke vordering gewijzigd naar een beroep op artikel 38.10 sub e van het Reglement, waarin staat dat de commissie iedere andere beslissing kan nemen die zij redelijk en billijk acht ter beëindiging van het geschil. Op basis hiervan vorderen de consumenten het volgende:

- Primair:
  a. dat op het moment dat blijkt dat consument II geen gebruik kan maken van de vrijstellingsregeling na uitkering van de spaarverzekeringen vanwege het feit dat zij niet als verzekerde is vermeld en/of zij niet als gelijk genummerde begunstigde op de polis staat vermeld, de bank en/of de adviseur aan de consumenten de schade moeten vergoeden die dientengevolge verschijnt (slechts een keer de vrijstelling, door de financieel deskundige geschat op € 51.140,34).
  b. dat de bank gehouden is vanaf 1 oktober 2030 op vertoon van een aanslag van de belastingen een renteloze lening aan de consumenten te verstrekken ter hoogte van het op die aanslag vermelde bedrag, althans ter grootte van het bedrag dat zij aan de fiscus moeten betalen over de rentebestanddelen van de spaarverzekeringen, nadat de spaarverzekeringen zijn aangewend voor het aflossen van de twee SpaarXtra-leningdelen.
  c. dat de lening onder b. eerst bij verkoop van de met hypotheekrecht bezwaarde woning behoeft te worden terugbetaald, althans indien dat eerder is, 6 maanden nadat de consumenten beiden zijn overleden;
- Subsidiair:
  a. dat, op het moment dat blijkt dat consument II geen gebruik kan maken van de vrijstellingsregeling na uitkering van de spaarverzekeringen vanwege het feit dat zij niet als verzekerde is vermeld en/of zij niet als gelijk genummerde begunstigde op de polis staat vermeld, de bank en/of de adviseur aan de consumenten de schade moeten vergoeden die dientengevolge verschijnt (slechts een keer de vrijstelling, door de financieel deskundige geschat op € 51.140,34).
  b. dat de bank gehouden is vanaf 1 oktober 2030 op vertoon van een aanslag van de belastingen een lening aan de consumenten verstrekken ter hoogte van het op die aanslag vermelde bedrag, althans ter hoogte van het bedrag dat zij aan de fiscus moeten betalen over de rentebestanddelen van de spaarverzekeringen, nadat de spaar-verzekeringen zijn aangewend voor het aflossen van de twee SpaarXtra-leningdelen. De bank mag een rente berekenen van de alsdan geldende 1-jaars rente, die door de adviseur betaald moet worden. Indien de adviseur de rente niet betaalt, dan zijn de consumenten de rente niet aan de bank verschuldigd en kan de bank de lening niet opeisen.

c. dat de lening onder b. eerst bij verkoop van de met hypotheekrecht bezwaarde woning behoeft te worden terugbetaald, althans indien dat eerder is, 6 maanden nadat de consumenten beiden zijn overleden;

- Meer subsidiair:
  a. dat de bank verplicht is de hypotheek aldus te herstructureren dat de consumenten het thans opgebouwde spaartegoed in de spaarverzekeringen kosteloos en boetevrij mogen aflossen op de SpaarXtra lening van € 850.000,-;
  b. dat, indien en voor zover blijkt dat de fiscus belasting heft over het afkoopsaldo van de spaarverzekeringen van de consumenten, de bank en de adviseur hoofdelijk, althans ieder een gelijk deel, althans één van hen, het met die belastingheffing gemoeide bedrag aan de consumenten dient te betalen op vertoon van de belastingaanslag;
  c. dat het restant van de SpaarXtra-leningdelen na aflossing van het saldo van de spaarverzekeringen annuïtair door de consumenten dient te worden afgelost gedurende een periode 15 jaar.
  d. dat de bank en/of de adviseur hoofdelijk, althans ieder voor een gelijk deel, althans één van hen, dient te betalen:
  - de kosten van de financieel deskundige voor de vaststelling van schade en aansprakelijkheid;
  - de kosten van een eventueel opvolgend adviseur indien de bank verlangt dat bij het herstructureren van de onder a bedoelde leningen een adviseur betrokken dient te zijn;
  - de te liquideren proceskosten in het kader van deze procedure.
- Uiterst subsidiair vorderen de consumenten de commissie iedere andere beslissing te nemen die zij redelijk en billijk acht ter beëindiging van het geschil.

Het verweer

2.9 De adviseur heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consumenten. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Inleiding

3.1 Allereerst stelt de commissie vast dat de consumenten zowel een klacht hebben ingediend tegen de adviseur als tegen de bank over de overschrijding van de fiscale vrijstelling als gevolg van de constructie van de verstrekte financiering. Zowel de adviseur als de bank zijn - in aparte zittingen - verschenen op de hoorzitting van 11 december 2020.

3.2 De commissie heeft partijen na de zitting per brief verzocht te reageren op een aantal aanvullende vragen. De commissie zal deze aanvullende reactie betrekken in haar oordeel. De commissie zal dus overgaan tot de beoordeling van de klacht van de consumenten over de adviseur.

Waar gaat het om?

3.3 In de kern gaat het geschil over de vraag of de adviseur aansprakelijk gesteld kan worden voor het advies van adviseur [a] en de eventuele nazorg die uit dat advies voortvloeit. Volgens de consumenten zijn zij tijdens het initiële advies niet gewezen op de forse overschrijding van de fiscale vrijstelling van de twee spaarverzekeringen (kapitaal-verzekeringen eigen woning) die bedoeld zijn voor de aflossing van twee (van de totaal vier) leningdelen, namelijk de SpaarXtra Hypotheek van € 202.000,- en de SpaarXtra Hypotheek van € 850.000,-. Dit leidt ertoe dat de consumenten bij het aflopen van een gedeelte van de hypothecaire geldlening een liquiditeitsprobleem zullen hebben, omdat zij dan een groot bedrag aan de belastingdienst verschuldigd zullen zijn.

De rechtsverhouding tussen partijen

3.4 Voor de vraag of de adviseur aansprakelijk gesteld kan worden voor het advies van adviseur [a] uit 2009 moet komen vast te staan dat adviseur [a] de rechtsverhouding met de consumenten heeft overgedragen aan de adviseur, inhoudende de overdracht van alle rechten en verplichtingen voortvloeiende uit die rechtsverhouding. Voor een contracts-overname in de zin van artikel 6:159 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is vereist (I) een akte (een overeenkomst tussen de overdragende partij en de overnemende partij) en (II) de medewerking van de wederpartij (de consumenten) aan de overdracht.

3.5 De medewerking van de consumenten als 'wederpartij' in de zin van artikel 6:159 lid 1 BW staat niet ter discussie. In deze procedure is echter niet gebleken van een schriftelijke overeenkomst waarbij adviseur [a] de hiervoor bedoelde rechtsverhouding met de consumenten heeft overgedragen aan de adviseur. De commissie is echter van oordeel dat uit de *feitelijke situatie* in dit geval volgt dat overdracht van de rechtsverhouding heeft plaatsgevonden en dat er ook overigens tussen de adviseur en de consumenten een overeenkomst van opdracht bestaat in de zin van artikel 7:400 BW e.v.[1] Daarbij gaat de commissie uit van het volgende.

3.6 Vaststaat dat het advies van de heer [X] in 2009 heeft geleid tot de (huidige) financierings-overeenkomsten van de consumenten bij de bank. Ook staat vast dat de heer [X] van 1 maart 2010 tot 2 december 2010 bij de adviseur is gaan werken in de vestiging in [plaatsnaam]. Na het vertrek van de heer [X] heeft de heer [Y] - medewerker van de adviseur - advieswerkzaamheden voor de consumenten verricht ten aanzien van de financieringsovereenkomsten en de daarbij behorende spaarverzekeringen. De advieswerkzaamheden van de adviseur hebben geleid tot meerdere offertes van de bank.

[1] Vergelijk Hoge Raad 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876 en Geschillencommissie Kifid nrs. 2017-601 en 2020-108.

Hiervan hebben de consumenten gedeeltelijk gebruik gemaakt. In de offerte van 17 januari 2011 is de adviseur genoemd als contactpersoon. Op 21 januari 2011 hebben de consumenten van de bank een offerte ontvangen voor de wijziging van het premieverloop van de spaarverzekering van € 850.000,-. Daarin staat '*op verzoek van uw adviseur ontvangt u bijgaand een offerte onder de navolgende voorwaarden*'. Verder heeft de adviseur op 10 februari 2011 de consumenten per e-mail informatie toegestuurd over onder meer de premie van de spaarverzekeringen. Op 16 februari 2011 heeft de adviseur de consumenten per e-mail geïnformeerd over de aflosdata van de hypothecaire geldlening. Op 13 februari 2012 zijn de consumenten op het kantoor van de adviseur geweest met vragen over de lopende hypothecaire geldlening. Niet is gebleken dat de consumenten door de adviseur terug zijn verwezen naar adviseur [a] voor hun vragen over de financieringsovereenkomst en bijbehorende spaarverzekeringen.

3.7 De commissie begrijpt verder uit de verklaring van de adviseur dat een portefeuille-overdracht als bedoeld in artikel 6:159 BW heeft plaatsgevonden tussen het moederbedrijf/de franchisegever en de vestiging van de adviseur in [plaatsnaam]. Per september 2016 is de vestiging van de adviseur in [plaatsnaam] namelijk deel uit gaan maken van een franchise organisatie. Van 2009 tot en met 31 augustus 2016 was de vestiging in [plaatsnaam] een eigen (losstaande) vestiging van de adviseur. Dit betekent dat de vestiging van de adviseur in [plaatsnaam] als onderdeel van een franchise organisatie door de portefeuilleoverdracht in september 2016 in dezen de overnemende partij is.

Geen sprake van schade

3.8 Hoewel niet is gebleken dat de consumenten door adviseur [a] dan wel de adviseur zijn gewezen op de forse fiscale gevolgen van de door hen gekozen hypotheekconstructie, is evenmin komen vast te staan dat de consumenten als gevolg van het advies schade lijden of zullen lijden. Daarbij wijst de commissie erop dat schade niet wordt berekend aan de hand van teleurgestelde verwachtingen. De consumenten hebben weliswaar niet gerekend op een forse fiscale claim aan het einde van de looptijd van een gedeelte van hun financiering, maar daar staat tegenover dat de consumenten gedurende de looptijd van de leningen ook grote voordelen genieten en hebben genoten door de relatief hoge rente op de spaar-verzekeringen.

3.9 Een schadevergoeding dient de schuldeiser (de consumenten) zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij zou verkeren indien het schadeveroorzakende feit (de wanprestatie, de onrechtmatige daad) niet zou hebben plaatsgevonden. Dit betekent dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. De consumenten hebben onvoldoende gemotiveerd onderbouwd dat zij, uitgaande van deze maatstaf, schade hebben geleden.

Hersteladvies

3.10 De commissie begrijpt dat de consumenten in de toekomst geconfronteerd gaan worden met een mogelijk liquiditeitsprobleem als gevolg van de forse fiscale claim door overschrijding van het vrijgestelde bedrag ten aanzien van de spaarverzekeringen. Dat niet is gebleken van schade laat onverlet dat de consumenten dus op enig moment naar een oplossing moeten zoeken voor de fiscale claim waar zij niet op beducht waren en waarvan ook niet blijkt dat de adviseur hen daarop heeft gewezen. Nu eerder is geconcludeerd dat er sprake is van contractsovername, ligt het naar het oordeel van de commissie op de weg van de adviseur om de consumenten kosteloos te voorzien van hersteladvies.

Conclusie

3.11 De commissie oordeelt dat de vordering van de consumenten niet toewijsbaar is.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is 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.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage

Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Burgerlijk Wetboek Boek 3

Artikel 35

Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.

Burgerlijk Wetboek Boek 6

Artikel 159

1. Een partij bij een overeenkomst kan haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste overdragen aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte.
2. Hierdoor gaan alle rechten en verplichtingen over op de derde, voor zover niet ten aanzien van bijkomstige of reeds opeisbaar geworden rechten of verplichtingen anders is bepaald.
3. Artikel 156 en de leden 1-3 van artikel 157 zijn van overeenkomstige toepassing.

Burgerlijk Wetboek Boek 7

Artikel 400

1. De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.
2. De artikelen 401-412 zijn, onverminderd artikel 413, van toepassing, tenzij iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, of de gewoonte.

Artikel 401

De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.