

**Tussenuitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-795
(mr. B.F. Keulen, voorzitter en mr. R.A.F. Coenraad, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 30 januari 2017
Ingesteld door : Consument
Tegen : ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 8 mei 2018
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Zorgplicht. Adviseur heeft verzuimd om schriftelijk vast te leggen dat Consument was geïnformeerd over de verschillende toepassingsmogelijkheden van het lijfrentekapitaal, waaronder de constructie waarbij het fiscale regime van vóór 1992 behouden kon worden. In dat geval had Consument het kapitaal kunnen aanwenden voor de aankoop van een lijfrente met zijn dochter als begunstigde.

I. Procesverloop

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

- . het door Consument ingediende klachtformulier van 18 mei 2017;
- . het verweer van de Bank van 21 juli 2017;
- . de repliek van Consument van 12 augustus 2017;
- . de dupliek van de Bank van 7 september 2017;
- . de aanvullend repliek van Consument van 17 september 2017.

De Commissie stelt vast dat partijen haar advies als bindend zullen aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

Bij de beoordeling van de klacht gaat de Commissie uit van de volgende feiten.

- 21 Op 31 december 2010 viel een kapitaal vrij uit hoofde van een door Consument bij Erasmus Leven gesloten lijfrenteverzekeringspolis. Het beschikbare bedrag was € 20.315.
- 22 Op 14 januari 2011 vond overleg plaats tussen Consument en de Bank op het kantoor in [Plaatsnaam].
- 23 Consument besloot het bedrag op een geblokkeerde spaarrekening te zetten, genaamd “ABN AMRO PensioenaanvullingInbrengh”.

- 24 In december 2015 nam Consument contact op met de Bank voor nadere informatie over de bestedingsmogelijkheden van het opgebouwde kapitaal.
- 25 Consument gaf in het gesprek met de Bank aan dat zijn voorkeur er naar uitging om een lijfrente te sluiten met zijn dochter als begunstigde. Deze optie was echter niet te verwezenlijken op grond van de geldende fiscale wetgeving.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering

- 3.1 Consument vordert dat de Bank de schade vergoedt die samengaat door het komen te vervallen van het 'oude fiscale regime' nadat in januari 2011 het vrijgevallen kapitaal op een geblokkeerde spaarrekening werd gestort. Consument stelt de schade op een bedrag van 52% van het over een periode van 5 jaar uit te keren lijfrente, zijnde een bedrag € 11.500.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag.

De Bank is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht door Consument niet te wijzen op de fiscale gevolgen van de aanwending van het lijfrente-kapitaal in januari 2011. Door het vervallen van het 'oude fiscale regime' valt de lijfrente onder het inkomen van Consument en niet onder dat van zijn studerende dochter. In dat laatste geval waren de lijfrente-uitkeringen fiscaal onbelast geweest.

Verweer van de Bank

- 3.3 De Bank heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

Bij het afnemen van de bankspaarrekening was Consument nog geen cliënt. Het ligt derhalve voor de hand dat Consument door zijn verzekeraar is gewezen op de verschillende mogelijkheden op het moment van expiratie van de lijfrenteverzekering. Gelet op de wijze waarop Consument het aanvraagformulier heeft ingevuld, wenste hij in 2011 een product af te nemen ter aanvulling op zijn (pensioen)inkomen. Bovendien verklaarde Consument zich bekend met de fiscale regels met betrekking tot de bankspaarrekening. Artikel 3 van de Voorwaarden is voorts volstrekt duidelijk ten aanzien van de bestedingsmogelijkheden. Consument is derhalve juist en volledig geïnformeerd over de kenmerken van de bankspaarrekening en de (fiscale) gevolgen van de afname daarvan.

Ook is hij er indertijd expliciet op gewezen dat bij een keuze voor deze rekening het fiscale regime van de eerder gesloten lijfrente-verzekering verloren ging. Dat Consument de opgebouwde waarde thans op een andere wijze wenst aan te wenden dan in 2011, kan de Bank niet worden verweten.

4. Beoordeling

- 4.1 De rechtsverhouding tussen Consument en de Bank dient te worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 Burgerlijk Wetboek (BW). Op de Bank rust in dit kader derhalve een zorgplicht jegens Consument. In de jurisprudentie is die zorgplicht nader uitgewerkt in die zin dat een assurantie-tussenpersoon tegenover zijn opdrachtgever de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden verwacht (zie HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375, rov. 3.4.1).
- 4.2 De vraag die de Commissie moet beantwoorden is dan ook of de Bank aan deze zorgplicht heeft voldaan. Bij de beantwoording van deze vraag dient de Commissie tot uitgangspunt te nemen dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden verwacht dat hij beschikt over de nodige deskundigheid en vakkennis, dat hij de financiële belangen van zijn cliënten naar beste weten en kunnen behartigt en dat hij zorgvuldigheid betracht in de advisering van zijn cliënten. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag voorts worden verwacht dat hij zijn cliënten zodanig informeert over de aard van het product en de risico's van hun keuzes, dat de cliënten vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een weloverwogen beslissing kunnen nemen.
- 4.3 De Commissie stelt vast dat de Bank weliswaar een dossier heeft vervaardigd in het kader van het door Consument gesloten bankspaarproduct, maar dat uiteindelijk onvoldoende vast is komen te staan dat Consument door de betrokken adviseur expliciet erop is gewezen dat door de keuze voor dit product geen gebruik meer kon worden gemaakt van de gunstige(r) toepassingsmogelijkheden op basis van het voormalige fiscale regime van vóór 1992, waaronder het schenken van de lijfrente-uitkeringen aan de kinderen. In dat geval zou geen schenkingsbelasting verschuldigd zijn en ook (veel) minder inkomstenbelasting. De Bank heeft in ieder geval geen documenten kunnen overleggen waaruit onomstotelijk kan worden opgemaakt dat dit met Consument is besproken.
- 4.4 Naar het oordeel van de Commissie mag geen twijfel kunnen bestaan of een dergelijke essentieel onderwerp van gesprek is geweest tussen Consument en de Bank.

In dat kader had derhalve schriftelijk moeten worden vastgelegd dat Consument was geïnformeerd over de verschillende aanwendungsmogelijkheden, waaronder de verzekeringsconstructie waarbij het fiscale regime kon worden behouden. Nu de Bank dit heeft nagelaten, dient de vraag of de Bank zijn zorgplicht jegens Consument is nagekomen ontkennend te worden beantwoord. Ook tijdens de hoorzitting heeft de Bank de Commissie niet van het tegendeel kunnen overtuigen.

- 4.5 Nu de Bank de (omvang van de) door Consument gestelde schade gemotiveerd heeft bestreden, zal Consument in de gelegenheid worden gesteld stukken in het geding te brengen waaruit (de omvang van) zijn schade genoegzaam blijkt. De Bank krijgt vervolgens de gelegenheid op die stukken te reageren.

5. Beslissing

De Commissie verklaart de klacht gegrond. De Commissie stelt Consument voorts in de gelegenheid om binnen vier weken na verzending van een afschrift van deze beslissing aan partijen stukken in het geding te brengen waaruit (de omvang van) zijn vordering genoegzaam blijkt. Vervolgens kan de Bank binnen vier weken na ontvangst van die stukken daarop reageren. De Commissie houdt iedere verdere beslissing aan.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van 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.