

**Tussenuitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-257
(mr. R.J. Paris, voorzitter en mr. C.I.S. Dankelman, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 24 mei 2018
Ingediend door : Consument
Tegen : Raadsheeren B.V., gevestigd te Bilthoven, verder te noemen de Adviseur
Datum uitspraak : 9 april 2019
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Consument heeft na advies en bemiddeling van [hypotheekverstrekker] [plaatsnaam] een hypothecaire geldlening afgesloten. Ter aflossing van de geldlening heeft Consument twee spaarverzekeringen met een gezamenlijk eindkapitaal van € 402.000,-- afgesloten. In 2013 is Consument gebleken dat het gezamenlijk eindkapitaal van de spaarverzekeringen de fiscale vrijstelling overschrijdt. Naar het oordeel van de Commissie ligt het in de relatie tussen Consument en de Adviseur binnen de risicosfeer van de Adviseur om de specifieke kenmerken te kennen van de producten waarvoor hij adviseert en Consument hierover adequaat te informeren. In het onderhavige geval staat niet ter discussie dat Consument niet is geïnformeerd over het overschrijden van de fiscale vrijstelling en de gevolgen hiervan. Nu de Adviseur heeft nagelaten Consument te wijzen op de eventuele consequenties van de geadviseerde hypotheekconstructie, is de Adviseur naar het oordeel van de Commissie in dit specifieke geval tekortgeschoten in haar zorgplicht. De Commissie draagt partijen op zich nader uit te laten over de schade.

I. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Adviseur;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Adviseur.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 21 maart 2019 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument en zijn partner hebben in 2002, na advies en bemiddeling van [hypotheekverstrekker] [plaatsnaam], een hypothecaire geldlening afgesloten bij [hypotheekaanbieder]. De hoofdsom van de geldlening bedraagt € 694.000,--. De geldlening bestaat uit vier leningdelen: Een aflossingsvrij leningdeel met een hoofdsom van € 67.000,-- met een verschuldigd rentetarief van 5,05% per jaar vastgezet voor een periode van vijf jaar. Twee spaarhypotheken met een totale hoofdsom van € 402.000,-- met een verschuldigd rentetarief van 6,20% per jaar met een rentevastperiode van twintig jaar. Het laatste leningdeel van de geldlening is een overbruggingskrediet ten bedrage van € 225.000,--.
- 2.2 Ter aflossing van de spaarhypotheken heeft Consument twee spaarverzekeringen afgesloten bij [naam verzekeraar]. De spaarverzekeringen kennen een gezamenlijk eindkapitaal van € 402.000,-- en zijn verpand aan [hypotheekaanbieder]. De spaarverzekeringen hebben allebei een Kapitaalverzekering Eigen Woning-clausule (hierna: 'KEW'). Op het polisblad van beide spaarverzekeringen is vermeld:

“Kapitaalverzekering Eigen Woning

De begunstigde zal de kapitaalverzekering aanwenden ter aflossing van de eigen woningschuld in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001 van de verzekeringnemer, van diens echtgeno(o)t(e) of van degene met wie de verzekeringnemer duurzaam een gezamenlijke huishouding voert.”

- 2.3 De aanmerking als KEW heeft als voordeel dat fiscaal vriendelijk kan worden gespaard voor de aflossing van de eigenwoningschuld. Gedurende de opbouwfase wordt binnen de KEW opgebouwd vermogen niet als grondslag in aanmerking genomen voor de berekening van het in box 3 te belasten voordeel uit sparen en beleggen. Onder voorwaarden is ook de rente in de uitkering uit een KEW in box 1 vrijgesteld. De hoogte van de vrijstelling bedraagt in 2002 € 129.500,--. Fiscale partners hebben recht op een dubbele vrijstelling. Bij een uitkering die de vrijstelling overschrijdt, is het rentedeel progressief belast in box 1.
- 2.4 Op enig moment heeft Consument het aflossingsvrije leningdeel en het overbruggingskrediet volledig vervroegd afgelost.

2.5 Met ingang van 1 januari 2017 heeft de Adviseur de portefeuille van [hypotheekverstrekker] [plaatsnaam] overgenomen. De Adviseur heeft geen stukken van het in 2002 aan Consument verstrekte advies van [hypotheekverstrekker] [plaatsnaam] ontvangen.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert de fiscale naheffing over het rentedeel dat progressief belast zal worden in 2022, omdat de uitkering van de spaarverzekeringen de vrijstelling overschrijdt. Consument heeft zijn schade begroot op € 20.000,--.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. De Adviseur is in zijn jegens Consument in acht te nemen zorgplicht toerekenbaar tekortgeschoten door hem in 2002 te voorzien van een onjuist dan wel onvolledig advies. Consument en zijn partner hadden de uitdrukkelijke wens om de geldlening in 2022 volledig af te lossen. Met dit doel zijn de spaarverzekeringen afgesloten. In 2013 is Consument gebleken dat het gezamenlijk eindkapitaal de fiscale vrijstelling overschrijdt. Het gevolg is dat Consument in 2022 over een gedeelte van de uitkering een fiscale naheffing zal ontvangen en de geldlening niet volledig kan worden afgelost. De Adviseur heeft Consument niet dan wel onvoldoende geïnformeerd over het overschrijden van de vrijstelling en de gevolgen hiervan.

Verweer van de Adviseur

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

- vermoedelijk heeft de [hypotheekverstrekker] [plaatsnaam] bij het advies rekening gehouden met de jaarlijkse indexatie van de fiscale vrijstelling en is [hypotheekverstrekker] [plaatsnaam] ervan uitgegaan dat de fiscale vrijstelling in 2022 gelijk zou zijn aan of hoger zou zijn dan de waarde van de spaarverzekeringen. Op het moment van advies was immers niet te voorzien dat de fiscale wet- en regelgeving van een KEW zo drastisch zou veranderen. Het afsluiten van een spaarverzekering was op dat moment aantrekkelijker dan een annuïteiten- en lineaire hypotheek. De Adviseur heeft berekend dat Consument duurder uit zou zijn geweest met een spaarhypotheek van € 259.000,-- (de dubbele fiscale vrijstelling in 2002) en een annuïteiten- of lineaire hypotheek met een hoofdsom van € 143.000,--;
- er is nog geen sprake van schade.

De waarde van de spaarverzekeringen overschrijden de vrijstelling nog niet en het is niet bekend wat de hoogte van de fiscale vrijstelling in 2022 zal zijn.

4. Beoordeling

- 4.1 Vaststaat dat de Adviseur de portefeuille van [hypotheekverstrekker] [plaatsnaam] heeft overgenomen, de verantwoordelijkheid draagt en aansprakelijk is voor eventuele fouten die [hypotheekverstrekker] [plaatsnaam] in het verleden bij het advies verstrekt aan Consument heeft gemaakt.
- 4.2 De rechtsverhouding tussen partijen moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 Burgerlijk Wetboek (BW). Ingevolge het bepaalde in artikel 7:401 BW is de Adviseur daarbij als opdrachtnemer gehouden om bij de uitvoering van haar werkzaamheden jegens Consument de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen.
- 4.3 In de verhouding tussen Consument en de Adviseur als deskundig financieel adviseur brengt dit mee dat de Adviseur bij de uitvoering van zijn advieswerkzaamheden dient te handelen overeenkomstig hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht (zie HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375). Het uitgangspunt is dat de Adviseur aansprakelijk is voor de negatieve gevolgen van het gegeven advies, indien een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur een dergelijk advies niet zou hebben gegeven. In dat verband mag van Adviseur worden verwacht dat hij voldoende duidelijke en juiste informatie verstrekt op basis waarvan Consument in de gelegenheid wordt gesteld een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken en zelfstandig een beslissing te nemen het gegeven advies al dan niet op te volgen. Zie GC Kifid, 2017-638, overweging 4.2.
- 4.4 De vraag die de Commissie dient te beantwoorden is of de Adviseur bij de advisering en informatieverstrekking in het kader van de totstandkoming van de spaarverzekeringen aan deze zorgplicht heeft voldaan. Consument stelt dat dit niet het geval is en voert aan niet dan wel onvoldoende geïnformeerd te zijn over het overschrijden van de vrijstelling en de gevolgen hiervan.
- 4.5 Naar het oordeel van de Commissie ligt het in de relatie tussen Consument en de Adviseur binnen de risicosfeer van de Adviseur om de specifieke kenmerken te kennen van de producten waarvoor hij adviseert en Consument hierover adequaat te informeren. In het onderhavige geval staat niet ter discussie dat Consument niet is geïnformeerd over het overschrijden van de vrijstelling en de gevolgen hiervan.

Nu de Adviseur heeft nagelaten Consument te wijzen op de eventuele consequenties van de geadviseerde hypotheekconstructie, is de Adviseur naar het oordeel van de Commissie in dit specifieke geval tekortgeschoten in haar zorgplicht.

- 4.6 Het voorgaande brengt mee dat de Adviseur de schade moet vergoeden die Consument door de zorgplichtschending geleden heeft. Naar het oordeel van de Commissie vormt het verschil van de totale netto lasten van de huidige situatie en de door de Adviseur geadviseerde constructie indien het risico van de naheffing in 2002 aan Consument kenbaar was gemaakt in dit verband het uitgangspunt van de schade. De Adviseur heeft toegelicht dat in 2002 hoogstwaarschijnlijk geadviseerd zou zijn om de spaarverzekeringen af te sluiten tot de op dat moment vastgestelde maximale vrijstelling van € 259.000,-- (de dubbele fiscale vrijstelling in 2002) en een annuïteiten- of lineaire hypotheek met een hoofdsom van € 143.000,-- met een rentevastperiode van twintig jaar. Met deze constructie wordt voldaan aan de wens van Consument om in 2022 schuldenvrij te zijn en daarin geen risico te willen lopen. Consument heeft zijn nadeel niet op basis van dit uitgangspunt berekend en vordert de door zijn accountant geschatte fiscale naheffing. De Commissie is van oordeel dat dit niet correct is. Immers als het adviestraject naar behoren was verlopen, had de Adviseur Consument geïnformeerd over de mogelijke fiscale naheffing. Zoals door Consument tijdens de mondelinge behandeling gesteld, had hij dan een andere constructie voor de financiering gekozen met andere maandlasten tot gevolg. Deze constructie had hogere maandlasten met zich meegebracht, omdat Consument een lager voordeel van de hoge rente-vergoeding over het opgebouwde saldo in de spaarverzekeringen had genoten en een lager fiscaal voordeel had behaald. Consument heeft betwist dat hij bij een correct advies had gekozen voor een gedeelte annuïteiten- of lineaire hypotheek. Consument stelt gekozen te hebben voor een extra aflossingsvrij leningdeel met een kortere rentevastperiode en deze net als het andere aflossingsvrije leningdeel op korte termijn te hebben afgelost. De Commissie is van oordeel dat dit standpunt van Consument met te veel onzekerheden omgeven is. Met name met betrekking tot het moment waarop Consument een vervroegde aflossing op het leningdeel had kunnen verrichten en eveneens met betrekking tot het bedrag waarover Consument op dat moment kon beschikken. De Commissie acht het hypothetische advies van de Adviseur een redelijk uitgangspunt dat voldoet aan de duidelijke wens van Consument om aan het eind van de looptijd van de geldlening schuldenvrij te zijn.
- 4.7 De Commissie kan het verschil in totale netto lasten met de haar ter beschikking staande gegevens niet vaststellen. Naar het oordeel van de Commissie dient Consument in de gelegenheid te worden gesteld een onderbouwde schadevordering op basis van de uitgangspunten zoals vermeld in rechtsoverweging 4.6 in te dienen en dient de Adviseur de mogelijkheid te worden geboden daarop te reageren.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat Consument, binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan hem is opgestuurd, een gemotiveerde onderbouwing van zijn schadevordering op basis van het in rechtsoverweging 4.6 vermelde uitgangspunt aan de Commissie toestuurdt. Vervolgens zal de Adviseur in de gelegenheid worden gesteld binnen vier weken na ontvangst van deze onderbouwing van Consument daarop te reageren. Daarna zal de Commissie het vervolg van de procedure bepalen.

In artikel 2 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 dat de termijn voor het instellen van beroep pas gaat lopen vanaf de Eindspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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 40 van het Reglement.