

Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2023-023 I

(mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter en mr. F.M.M.L. Fleskens, secretaris)

Datum uitspraak	22 maart 2023
Klacht van	De consument
Tegen	Advitas B.V., gevestigd te Alkmaar, verder te noemen de adviseur
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen

Samenvatting

Tekortkoming adviseur. De consument vindt dat hij schade heeft geleden door de tekortkoming van de adviseur jegens hem. De commissie oordeelt dat de consument meer voordeel dan nadeel aan de tekortkoming heeft overgehouden en wijst zijn vordering af.

1. Procedure

- I.1 De behandelend commissie, verder te noemen de commissie, beslist op basis van het reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) de aanvullende stukken van de consument; 3) het namens Advitas ingediende verweerschrift; 4) de repliek van de consument en 5) de namens Advitas ingediende dupliek.
- I.2 Advitas is in deze zaak vertegenwoordigd door professioneel gemachtigde mr. M. Schoenmaker, advocaat en kantoorhoudende te Amsterdam.
- I.3 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.
- I.4 De consument en Advitas hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 De consument heeft zich tot Advitas gewend in verband met een stakingswinst die zou ontstaan door de beëindiging van zijn onderneming in combinatie met de aanstaande verkoop van zijn kantoorpand. Met een e-mailbericht van 26 augustus 2020 heeft hij vooruitlopend op het adviesgesprek een toelichting met bijlages aan Advitas gestuurd over onder meer zijn inkomsten.

In dat bericht heeft de consument ook aangegeven dat hij een verhoging wil van de hypothecaire lening met € 80.000,- en dat dit bedrag in een periode van 15 jaar moet worden terugbetaald op basis van een annuïtaire aflossing. Daarnaast heeft hij medegedeeld dat hij een lijfrente wil aankopen voor een bedrag van € 220.000,-, die de komende 15 jaar moet worden uitgekeerd. Dit alles diende volgens de consument bij Aegon te worden ondergebracht. In het bericht staat ook dat hij overleg heeft gevoerd met een fiscaal adviesbureau.

- 2.2 Met een e-mailbericht van 28 augustus 2020 heeft de consument zijn eerdere verzoek aangepast en heeft hij om een aanvullende hypotheek van € 110.000,- en een lijfrente van € 190.000,- gevraagd.
- 2.3 Het adviesgesprek heeft op 4 september 2020 plaatsgevonden. Met een e-mailbericht van 16 september 2020 heeft Advitas de consument laten weten dat Aegon positief heeft gereageerd op de aanvraag voor de extra hypotheek in combinatie met de lijfrenteconstructie. Daarna is de aanvraag aangehouden, omdat het kantoorpand van de consument nog verkocht moest worden.
- 2.4 Op 22 september 2020 hebben de consument en Advitas de opdracht tot dienstverlening ingevuld en ondertekend in verband met de hiervoor vermelde aanvraag.
- 2.5 Met een e-mailbericht van 3 december 2020 heeft de consument Advitas gevraagd de aanvraag weer op te pakken, omdat op 27 november 2020 de koopovereenkomst voor het kantoorpand zonder voorbehoud was getekend met leveringsdatum 20 december 2020. Met e-mailberichten van 7 en 14 januari 2021 heeft de consument vervolgens aan Advitas gevraagd om contact met hem op te nemen.
- 2.6 Omdat de consument niets van Advitas vernam, heeft hij op 12 maart 2021 contact opgenomen met Aegon die hem heeft meegedeeld dat geen aanvraag op zijn naam bekend was. Hierna heeft de consument zich met zijn zorgen tot Advitas gewend. Advitas heeft daarop aan de consument medegedeeld dat de lijfrenteovereenkomst op 19 maart 2021 zal worden ontvangen.
- 2.7 Op 21 mei 2021 heeft Advitas aan de consument laten weten dat Aegon een taxatierapport nodig heeft, nadat de consument hier bij e-mailbericht van 18 april 2021 navraag over had gedaan. De consument heeft daarop een taxatierapport laten opstellen en aan Advitas overgelegd. De kosten voor het rapport bedroegen € 600,-.
- 2.8 Tussentijds is tussen partijen contact geweest waarin de consument steeds heeft benadrukt dat de fatale termijn 30 juni 2021 was om belastingheffing over de stakingswinst te voorkomen. Advitas heeft steeds doen voorkomen dat alles op tijd zou worden geregeld.

- 2.9 Met een e-mailbericht van 16 juni 2021 heeft de consument Advitas geïnformeerd dat de jaarstukken over 2020 inclusief de stakingswinst inmiddels door zijn accountant waren opgemaakt. De stakingswinst was lager dan vooraf ingeschat en daarom wilde de consument zijn aanvraag aanpassen. Op advies van zijn belastingadviseur diende € 178.470,- aan lijfrente te worden gekocht. De consument zou zelf € 130.000,- inbrengen en de tweede hypotheek diende € 48.500,- te bedragen op basis van 15 jaar annuïteiten. Dit laatste bedrag diende Aegon uiterlijk op 30 juni 2021 op de lijfrente-bankrekening te storten.
- 2.10 Omdat de consument na meerdere berichten van zijn zijde op 25 juni 2021 nog steeds niets van Advitas had gehoord, heeft hij diezelfde dag contact opgenomen met verschillende financiële instellingen om te bespreken of binnen enkele dagen een lijfrentepolis kon worden aangekocht ter waarde van € 130.000,-. Dit was het bedrag dat de consument aan eigen middelen had. Rabobank heeft daarop toegezegd dat dit mogelijk was als de koopsom onmiddellijk werd overgemaakt. De consument heeft naast zijn eigen middelen nog € 15.000,- van zijn echtgenote geleend en heeft een Rabo-toekomst-uitkering gekocht voor een bedrag van in totaal € 145.000,- om daarmee de betaling van een deel van de stakingswinst te voorkomen.
- 2.11 Op 26 juni 2021 heeft de consument de opdracht aan Advitas ontbonden.
- 2.12 Nadat bleek dat Advitas in het geheel geen contact had gehad met Aegon heeft de consument bij brieven van 28 september en 5 oktober 2021 een klacht bij Advitas ingediend over haar tekortkomingen. De consument heeft daarbij de volgende berekening van zijn schade gegeven:
- | | |
|---|------------|
| "IB 29,5% over € 33.000,- | € 6.336,- |
| Premie Volksverzekeringen 9,75% over € 33.000 | € 3.217,- |
| Taxatiekosten | € 600,- |
| Totaal: | € 10.153,- |
| Bespaarde kosten: Honorarium Advitas | € 3.750,- |
| Netto schade: € 10.153,-/- € 3.750,- = € 6.403,-" | |
- 2.13 Bij brief van 5 november 2021 heeft Advitas gereageerd. Zij heeft haar excuses aan de consument aangeboden en aangegeven bereid te zijn de schade van de consument te vergoeden. De daadwerkelijk schade bedroeg volgens Advitas slechts de taxatiekosten van € 600,- die zij tegen finale kwijting wilde vergoeden. Advitas is bij de berekening ervan uitgegaan dat geen verschil bestaat tussen het ineens betalen van het belastingtarief van 49,5% over de uitkeringen van de lijfrente en het betalen van dit tarief over de komende jaren. Daarnaast moet de stakingswinst volgens Advitas worden verminderd met de stakingsaftrek die maximaal € 3.630,- bedraagt, waardoor een bedrag van € 29.370,- overblijft waarover belasting moet worden betaald. De premie volksverzekeringen betreft geen schade, omdat die premie ook zou zijn betaald wanneer deze in een lijfrente waren gestopt.

Verder heeft zij betwist dat het honorarium in mindering moet worden gebracht, omdat geen product tot stand is gekomen.

- 2.14 De consument heeft zich niet met de berekening van Advitas kunnen verenigen en dit heeft ertoe geleid dat partijen over en weer verder hebben gecorrespondeerd over de schade. Partijen zijn echter niet tot een vergelijk gekomen en daarom heeft de consument een klacht bij Kifid ingediend.

De klacht en vordering

- 2.15 De consument vindt dat Advitas de overeenkomst niet is nagekomen. Hij vordert een bedrag van € 9.224,- te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 28 september 2021 van Advitas. Dit bedrag bestaat uit € 12.374,- aan te veel betaalde belasting en € 600,- aan kosten voor een taxatie die ten onrechte op advies van Advitas is uitgevoerd minus de kosten van het advies van € 3.750,- die de consument niet heeft hoeven te betalen. Advitas heeft haar fout toegegeven en is dus schadeplichtig. Advitas stelt ten onrechte dat de consument door de fout geen schade heeft geleden. De consument had zich tot Advitas gewend om de belastingdruk wegens uitkeren van stakingswinst te minimaliseren. De consument dacht dat het gunstig was om daartoe een aanvullende lening af te sluiten om voor het gehele bedrag van de stakingswinst een lijfrente-aftrek te realiseren. Als dit niet tot minimalisering van de belastingheffing zou leiden dan had het op de weg van Advitas gelegen om met een alternatief te komen die tot een optimaal fiscaal resultaat zou leiden, omdat zij de deskundige is. Advitas heeft in het geheel niets gedaan. Hierdoor is nooit duidelijk geworden hoe de definitieve transactie eruit zou hebben gezien wanneer zij deugdelijk zou hebben geadviseerd. Daarom is het niet redelijk om op grond van art. 6:100 van het Burgerlijk Wetboek voordeel mee te rekenen bij het berekenen van de schade. De schade dient dan ook op basis van de redelijkheid en billijkheid te worden berekend.
- 2.16 Advitas stelde ten onrechte dat de taxatie volgens Aegon nodig was, terwijl in het geheel geen aanvraag bij Aegon was ingediend.
- 2.17 De namens Advitas gemaakte berekening van de schade waaruit zou moeten blijken dat de consument geen schade heeft geleden klopt niet. Bij de berekening is ten onrechte uitgegaan van het inkomen van de consument van 2020. In dat jaar zijn in tegenstelling tot andere jaren twee lijfrente-uitkeringen beëindigd. Daarnaast wordt uitgegaan van een rentepercentage van 2 % terwijl een rentepercentage van 1 % haalbaar was geweest en is niet meegenomen dat vervroegd had kunnen worden afgelost, zodat over dat deel geen rente meer verschuldigd zou zijn.

Het verweer

- 2.18 Advitas heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Inleiding

- 3.1 De rechtsverhouding tussen de consument en Advitas kwalificeert als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek). In het licht hiervan rustte op Advitas bij de uitvoering van deze opdracht een zorgplicht ten behoeve van de consument. De inhoud van deze zorgplicht is in de rechtspraak ingevuld.
- 3.2 Partijen zijn het erover eens dat Advitas is tekortgeschoten in haar dienstverlening jegens de consument en daarom gaat de commissie hiervan uit. Wat partijen verdeeld houdt is de vraag of de consument hierdoor schade heeft geleden. De commissie zal deze vraag hierna beantwoorden.

Schadevergoeding

- 3.3 De commissie stelt voorop dat bij het vaststellen van de schade een vergelijking moet worden gemaakt van de financiële situatie waarin de consument zich bevindt na de tekortkoming van Advitas en de financiële situatie waarin de consument zich zou hebben bevonden als Advitas niet zou zijn tekortgeschoten. Bij de berekening van de schade dient zowel het voordeel als het nadeel te worden meegenomen, die in zodanig verband (sine qua non-verband) staan met de tekortkoming, dat zij redelijkerwijs als gevolg daarvan aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend. De commissie is van oordeel dat dit verband in redelijkheid bestaat bij zowel de financiële constructie die door de tekortkoming van Advitas niet tot stand is gekomen, als de constructie die uiteindelijk tot stand gekomen.
- 3.4 Voor het berekenen van de schadevergoeding gaat de commissie uit van de volgende onderdelen. Partijen zijn het eens over deze onderdelen van de schade en daarom staan deze vast. Dat is allereerst een bedrag van € 12.374,- aan extra inkomstenbelasting over de stakingswinst, die de consument moet betalen door de tekortkoming van Advitas. Daarnaast heeft hij ten onrechte taxatiekosten van € 600,- betaald. Partijen zijn het voorts eens dat het honorarium van Advitas ad € 3.750,- hierop in mindering moet worden gebracht. Dit resulteert in een bedrag van € 9.224,-.
- 3.5 De commissie is met Advitas van oordeel dat op dit bedrag in mindering moet worden gebracht de voordelen die de consument heeft vanwege de tekortkoming van Advitas. Deze voordelen zijn: minder verschuldigde inkomstenbelasting over de uitgekeerde lijfrente; een lager bedrag aan jaarlijkse bijdrage voor de zorgverzekeringswet; geen rentelasten in verband met de aanvullende hypotheek en geen afsluitkosten voor de hypotheek. Partijen verschillen over de wijze van berekening van deze voordelen.

Zelfs als de commissie uitgaat van de voor consument meest gunstige wijze van berekening, te weten een rentevoet van 1 % voor de hypothecaire geldlening van € 33.500,- (zie 2.9, over welk bedrag partijen het eens zijn) en het tarief van de inkomstenbelasting van 29,5 %, is de consument voordeliger uit in de huidige situatie dan in de situatie zoals die was geweest als Advitas niet tekort was geschoten. Overigens is het nog maar de vraag of een rentevoet van 1 % en een inkomstenbelastingtarief van 29,5 % daadwerkelijk zou zijn gerealiseerd. Advitas heeft dit immers betwist.

- 3.6 De stelling van de consument dat Advitas de fiscaal meest aantrekkelijke constructie had moeten adviseren, leidt voor het berekenen van de schade niet tot een ander oordeel. De consument heeft Advitas immers een concrete opdracht gegeven tot het verhogen van zijn hypotheek en het afsluiten van een lijfrente bij Aegon, mede op basis van advies van zijn belastingadviseur. Onder die omstandigheden was de zorgplicht van Advitas beperkt tot het onderzoeken of de door de consument gekozen constructie voor hem passend was. De zorgplicht van Advitas gaat niet zover dat zij de fiscale merites van de door de consument gevraagde constructie had moeten beoordelen. Dit is slechts anders als de consument dit uitdrukkelijk aan Advitas had gevraagd, maar dit blijkt niet uit de stukken.¹

Slotsom

- 3.7 De slotsom is dat de consument geen schade heeft geleden door de tekortkoming van Advitas jegens hem. De vordering van de consument moet daarom worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is bindend. Of u tegen deze uitspraak beroep kunt instellen, kunt u nalezen in regel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten. In regel 18.1 van dat reglement is bepaald dat beroep kan worden ingesteld tot 6 weken na de dag van deze uitspraak. Meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen 2 weken na verzending van de uitspraak kunt u schriftelijk verzoeken een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout te herstellen. De beslissing in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 2 weken na verzending van de uitspraak schriftelijk verzoeken de uitspraak aan te vullen als u vindt dat niet op alle onderdelen van uw vordering is beslist. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de Geschillencommissie Kifid niet op al uw argumenten is ingegaan. Meer informatie hierover staat onder vraag 58 en 59 van het Reglement Geschillencommissie Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

¹ Zie onder meer Geschillencommissie Kifid, nr. 2017-365.



Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999

Website: www.kifid.nl