

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-516
(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. S.F. van Merwijk, mr. E.C. Ruinaard, leden en
mr. J.E.M. Sünner secretaris)**

Klacht ontvangen op : 12 maart 2018
Ingediend door : Consument
Tegen : Finora financieel maatwerk, gevestigd te Heiloo, verder te noemen Adviseur
Datum uitspraak : 19 juli 2019
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

In 2012 heeft Consument via Adviseur zijn lopende hypothecaire geldlening bij de Bank met een Kapitaalverzekering Eigen Woning (KEW) omgezet naar een andere hypothecaire geldlening. Hoewel was afgesproken dat de KEW moest worden behouden, heeft Adviseur dit niet ingevuld op het aanvraagformulier voor de nieuwe hypotheek. De Bank heeft de opdracht, zoals is binnengekomen en aangevraagd via dit formulier uitgevoerd. Correctie van de fout is heden niet meer mogelijk. Consument lijdt schade doordat hij belastingvoordeel misloopt. Consument stelt Adviseur aansprakelijk voor de schade. Commissie oordeelt dat Adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden. De vordering wordt naar redelijkheid toegewezen.

I. Procesverloop

- 1.1 De Commissie beslist op basis van haar Reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief alle bijlagen, te weten het klachtenformulier, de aanvullende stukken van het klachtenformulier, het verweerschrift van Adviseur, de repliek van Consument en de aanvullende schadeberekening van Consument. Beide partijen hebben ingestemd met bindend advies, wat betekent dat voor beide partijen de uitspraak bindend is.
- 1.2 Partijen zijn gevraagd in de schriftelijke procedure te reageren op elkaars standpunten. Adviseur heeft alleen een verweerschrift ingediend. Ondanks herhaalde verzoeken heeft Adviseur nadien niet meer gereageerd.
- 1.3 Partijen zijn verzocht om ter zitting van 18 april 2019 hun standpunten toe te lichten. Adviseur heeft laten weten niet aanwezig te zijn en is ter zitting niet verschenen. Consument was aanwezig, met zijn broer [naam broer], fiscaal adviseur (hierna: Financieel Adviseur).
- 1.4 De Commissie heeft Consument ter zitting gevraagd zijn schade nader te concretiseren en te onderbouwen. Consument heeft dat nadien schriftelijk gedaan. Adviseur is in de gelegenheid gesteld daarop te reageren. Adviseur heeft dat niet gedaan.

2. Waar gaat het om?

- 2.1 In 2012 heeft Consument Adviseur opdracht gegeven zijn spaarhypotheek met gekoppelde levensverzekering om te zetten naar een SpaarXtra hypotheek bij WestlandUtrecht Verzekeringen BV, een gevolmachtigde van Nationale-Nederlanden (hierna: Gevolmachtigde). Onderdeel van de opdracht was dat de verzekering moest blijven kwalificeren als Kapitaalverzekering Eigen Woning (hierna: KEW), zodat deze in box I zou vallen. Adviseur heeft een offerte opgevraagd bij Gevolmachtigde en het aanvraagformulier levensverzekering namens Consument ingevuld. Adviseur heeft bij de vraag: 'Is deze verzekering een kapitaalverzekering eigen woning' geen antwoord ingevuld. Dit aanvraagformulier is op 20 maart 2013 ondertekend door Consument en door de Adviseur en vervolgens samen met de offerte aan Gevolmachtigde gestuurd. Gevolmachtigde heeft de opdracht uitgevoerd overeenkomstig de opgaven in het aanvraagformulier.
- 2.2 In 2017 heeft Consument wederom zijn hypotheek willen wijzigen. Bij die wijziging merkte Consument dat de verzekering niet meer kwalificeerde als KEW en daarom moest worden belast in box 3. Consument heeft Adviseur aansprakelijk gesteld voor de als gevolg daarvan geleden schade, bestaande uit te veel betaalde en nog te betalen belastingen.
- 2.3 Adviseur heeft de aansprakelijkstelling van de hand gewezen en gesteld dat Gevolmachtigde een fout heeft gemaakt bij de uitvoering van de opdracht. Daarnaast heeft Adviseur aangevoerd dat Consument zelf het aanvraagformulier heeft getekend en de polis en jaaroverzichten ontvangt en aldus zelf had kunnen en moeten opmerken dat geen sprake meer was van een KEW.

3. Beoordeling

- 3.1 De Commissie ziet zich voor de vraag gesteld of Adviseur is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen en, zo ja, wat de omvang is van de als gevolg daarvan door Consument geleden schade.

Aansprakelijkheid

- 3.2 Adviseur is als assurantietussenpersoon op grond van artikel 7:401 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) tegenover zijn opdrachtgever (Consument) verplicht om bij zijn werkzaamheden de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon verwacht mag worden. Het is zijn taak daarbij te waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Zie o.a. Hoge Raad 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003: AF0122, rechtsoverweging 3.4.1.

- 3.3 Tussen partijen is niet in geschil dat Consument Adviseur in 2012 opdracht heeft gegeven om er voor te zorgen dat de verzekering bij de omzetting van de hypothecaire geldlening zou blijven kwalificeren als KEW. Adviseur heeft tegen die achtergrond ten onrechte nagelaten om bij de desbetreffende vraag op het aanvraagformulier aan te kruisen dat de verzekering een kapitaalverzekering eigen woning was. Anders dan Adviseur meent kan het feit dat de verzekering niet meer als KEW is aangemerkt niet aan Gevolmachtigde worden verweten. Gevolmachtigde heeft immers niet meer of minder gedaan dan hetgeen op grond van het aanvraagformulier van haar werd gevraagd.
- Dat Adviseur kennelijk ten onrechte niet heeft gecontroleerd of de door Gevolmachtigde op basis van het aanvraagformulier afgesloten verzekering wel voldeed aan de hem bekende wensen van Consument, komt voor zijn rekening. Ook de omstandigheid dat Consument zelf (eerder) had kunnen ontdekken dat de verzekering niet meer werd aangemerkt als KEW maakt niet dat Adviseur geen verwijt zou kunnen worden gemaakt. Consument mag er immers op vertrouwen dat de door hem daarvoor ingeschakelde Adviseur, als de bij uitstek deskundige partij, de aan hem verstrekte opdracht juist en naar behoren uitvoert.
- 3.4 De slotsom is dat Adviseur jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op hem als opdrachtnemer rustende verplichtingen en dat hij gehouden is de dientengevolge door Consument geleden en nog te lijden schade te vergoeden.

Schade

- 3.5 Consument heeft betoogd dat hij als gevolg van de fout van Adviseur tot en met het jaar 2040 fiscaal nadeel zal lijden. Consument heeft dit nadeel, op verzoek van de Commissie, nader begroot op in totaal € 61.247,-. Daarnaast vordert Consument € 5.000,- als vergoeding voor de kosten van rechts- en rekenhulp. De Commissie heeft Adviseur bij herhaling in de gelegenheid gesteld om op de schadebegroting van Consument te reageren. Adviseur heeft dat niet gedaan.
- 3.6 De Commissie stelt voorop dat de door Consument geleden schade moet worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de vermogenssituatie waarin Consument zich thans bevindt en de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien de fout van Adviseur achterwege zou zijn gebleven. Daarbij is in dit geval van belang dat de door Consument gestelde schade zich grotendeels nog niet heeft gemanifesteerd, maar dat het gaat om in de komende 21 jaar nog te lijden fiscaal nadeel. Dit brengt mee dat de vaststelling van de vermogenspositie waarin Consument zich zonder de fout van Adviseur zou hebben bevonden noodzakelijkerwijs gebaseerd zal moeten zijn op onzekere, want toekomstige, omstandigheden.

Daarbij is te denken aan toekomstige wijzigingen van het belastingstelsel - met name ter zake de belastingheffing in box 3 - de hoogte van het bij de berekeningen door Consument gehanteerde rendementspercentage en de verschuldigde hypotheekrente, maar ook veranderingen in de inkomens- en woonsituatie van Consument en daarmee de uiteindelijke looptijd van de verzekering, die ook nog afhankelijk is van de vraag of Consument al dan niet tussentijds komt te overlijden. Bij dat alles moet er verder nog rekening mee worden gehouden dat het hier gaat om toekomstige schade, zodat een eventueel vast te stellen bedrag nog contant zal moeten worden gemaakt.

- 3.7 De Commissie overweegt dat de omvang van de door Consument geleden schade, gelet op al deze onzekere toekomstige omstandigheden, thans niet met zekerheid kan worden vastgesteld en dat de schade daarom moet worden geschat (zie artikel 6:97 BW). Uitgaande van het door Consument begrote bedrag, waarbij enerzijds rekening wordt gehouden met het feit dat het toekomstige schade betreft met alle daaraan verbonden onzekerheden, en anderzijds de omstandigheid dat Adviseur de omvang van de door Consument gestelde schade niet heeft betwist, stelt de Commissie de door Adviseur te betalen schadevergoeding bij wijze van schatting naar billijkheid vast op € 45.000,- inclusief de kosten voor het inschakelen van een deskundige door Consument.

4. Beslissing

De Commissie beslist dat Adviseur binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument een bedrag van € 45.000,- moet betalen.

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 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/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.

Bijlagen

Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht

Titel I. Verbintenissen in het algemeen

Afdeling 10. Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding

Artikel 97

De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.