

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-548
(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter en mr. D.W.Y. Sie, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 27 december 2017
Ingediend door : [Consument 1] en [Consument 2], verder te noemen Consumenten
Tegen : Frank Vogel Financieel Advies B.V., gevestigd te Weert, verder te noemen de Adviseur
Datum uitspraak : 30 augustus 2018
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

De klacht van Consumenten (namelijk, dochter en vriend van de inmiddels overleden hypotheekneemster) ziet in de kern op overkreditering. De Commissie merkt op dat sprake is van een zogeheten 'opeethypotheek', waarbij de overwaarde van de woning gebruikt wordt om met name de hypotheeknemer ten goede te laten komen. De Adviseur heeft onder meer op 1 april 2011 per brief uitleg gegeven over de aard van de hypothecaire geldlening evenals de contraverzekering waarmee de hypotheekneemster het kapitaalverlies voor de nabestaanden kon beperken. De Commissie is van oordeel dat de Adviseur enkel een zorgplicht had jegens de hypotheekneemster en niet tegen Consumenten nu deze geen partij waren bij het gegeven advies of de gesloten hypothecaire geldlening. Het is de Commissie niet tot onvoldoende gebleken dat sprake is van een schending van de zorgplicht door de Adviseur. De vordering van Consumenten dient daarom ook te worden afgewezen.

I. Procesverloop

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

- het namens Consumenten digitaal ingediende klachtformulier;
- het namens de Adviseur ingediende verweerschrift;
- de namens Consumenten ingediende repliek;
- het namens de Adviseur ingediende dupliek;
- het namens Consumenten gestuurde e-mailbericht van 22 juli 2018 inhoudende de Verklaring van Erfrecht.

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

De Commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak zal daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1. Op 4 januari 2011 is tussen wijlen mevrouw [Naam moeder Consument I] (de moeder van Consument I, hierna: 'mevrouw [Naam moeder Consument I]') en de Adviseur een overeenkomst van opdracht tot dienstverlening tot stand gekomen.

2.2. Het inventarisatieformulier dat mevrouw [Naam moeder Consument I] bij de Adviseur heeft getekend luidt, voor zover relevant, als volgt:

Aandachtspunt Hypotheek

Huidige woonsituatie en financieringsdoel

Uw huidige woonsituatie? koop ~~huur~~

Financieringsdoel? Aankoop bestaande bouw | Aankoop nieuwbouw | Hypotheek aanpassen

Hoeveel bedraagt de gewenste netto maandlast € 0,-

bij Aankoop woning (bestaand of nieuwbouw)

Op welke termijn? _____

Wat is de prijs van de woning (excl. kosten en meerwerk) _____

Bedrag aan meerwerk, e.d. _____

Inbreng eigen middelen _____

bij Hypotheek aanpassen

Doel van de aanpassing Lagere maandlasten | Verhoging consumptief | Verhoging verbouwing |
Consumptief en verbouwing | Anders: _____

Extra bedrag box 1 _____

Extra bedrag box 3 _____

Voorkeuren en risicobereidheid

Hoe lang verwacht u in uw (nieuwe) woning te blijven wonen? 10 jaar

Kunt u een stijging in uw maandlasten opvangen? Nee, absoluut niet | Wellicht over enige jaren |
Ja, in beperkte mate | Ja, makkelijk

Naar welke hypotheekvorm gaat uw voorkeur uit? Spaarhypotheek | Hypotheek met belegging |
Lineaire hypotheek | Annuïteitenhypotheek | Aflossingsvrij |
Combinatie van deze vormen | Weet niet

Naar welke rentevastperiode gaat uw voorkeur uit? Variabel | 1 - 4 jaar vast | 5 - 10 jaar vast | 10 - 20 jaar vast |
Meer dan 20 jaar vast | Weet niet

Welk gedeelte van uw hypotheek wenst u af te lossen? 0 % renteonly

(...)

Er moeten grote uitgaven gedaan worden

studie kinderen _____

onderhoud woning € 100.000,-

aankoop woning of verhuizing _____

aankoop auto _____

anders, nl. _____

De achtergrond van deze uitgaven is _____

2.3. Eind januari 2011 heeft mevrouw [Naam moeder Consument I], na bemiddeling door de Adviseur, een hypotheekofferte ontvangen en getekend van BLG Hypotheken voor een zogeheten 'Pensioen Optimaal Hypotheek' (hierna: 'de hypothecaire geldlening') met een hoofdsom van € 415.000,-. Van de hoofdsom is een bedrag van € 150.000,- doorgestort naar de aan de hypothecaire geldlening verpande 'Direct Ingaande Lijfrente' (DIL) bij Erasmus (nu: 'Delta Lloyd').

2.4. De door mevrouw [Naam moeder Consument I] ondertekende hypotheekofferte van BLG Hypotheken luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Een bedrag bestemd voor verbouwing zal in depot worden gehouden en na overlegging van rekeningen aan u worden uitbetaald. Het depotbedrag wordt vastgesteld op basis van het nog aan te leveren taxatierapport of, indien het een hypotheek onder Nationale Hypotheek Garantie betreft, een ondertekende specificatie.

De gevraagde geldlening is geheel of gedeeltelijk bestemd voor aankoop van een koopsom voor lijfrente in het kader van de Pensioen Optimaal Hypotheek. Wij zijn bereid om u na afloop van de nu af te sluiten lijfrente opnieuw een hypothecaire financiering te verstrekken voor de koopsom van een nieuwe direct ingaande levenslange lijfrente. Deze is uitsluitend op het leven van de in deze offerte genoemde aanvrager(s). De uitkering van deze lijfrente is uitsluitend bedoeld voor en afgestemd op de betaling van rente en/of aflossing van de in deze offerte aangeboden geldlening en van de aanvulling daarop in verband met de koopsom van de nieuwe lijfrente. Voor deze aanvullende financiering gelden de volgende voorwaarden:

- financiering tot maximaal de aldan geldende executiewaarde (...)
(...)

Uit het adviesrapport dient te blijken dat de woning over 10 jaar wordt verkocht.

De hierna vermelde financiële verplichtingen elders dienen, alvorens definitieve acceptatie van de hypotheek kan plaatsvinden, te worden of zijn afgelost uit eigen middelen (geen geleende gelden) en opgeheven. Opheffingsbewijzen dienen aan BLG Hypotheken te worden overlegd.

Het betreft de lening(en)

- het doorlopend krediet ad € 40.000,00;
(...)

Het door u te lenen bedrag in deze offerte is (samen met eventueel reeds lopende hypothecaire geldleningen op het onderpand) hoger dan verantwoord wordt geacht op basis van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen. Op basis van deze gedragscode en de door u verstrekte gegevens bedraagt uw maximale leencapaciteit € 353.120,15. Door ondertekening van deze offerte verklaart u dat u in kennis bent gesteld van de overschrijding van uw maximale leencapaciteit en de daaraan verbonden risico's en op zodanig wijze dat u deze risico's begrijpt en accepteert.”

2.5. Op 3 februari 2011 heeft Consument een verklaring bij de Adviseur ondertekend die, voor zover relevant, als volgt luidt:

Ondergetekende, mevrouw [REDACTED]
verklaart hierbij op de hoogte te zijn van het volgende:

Mevrouw [REDACTED] gaat € 150.000 extra hypotheek opnemen om zodoende de komende 10 jaar voldoende inkomen te hebben om van te leven. Gezien de grote overwaarde die momenteel op het pand zit blijft er na deze 10 jaar zeker geen negatieve overwaarde op het pand over. Mevrouw [REDACTED] realiseert zich wel dat ze na deze 10 jaar het pand zal moeten verkopen aangezien ze de maandlasten die dan resteren niet kan opbrengen. Mevrouw [REDACTED] heeft hier geen enkel moeite mee.

Voor akkoord:

(datum)

(Handtekening)

3-2-2011

2.6. Op 7 maart 2011 heeft de Adviseur via de Expiratiedesk het door mevrouw [Naam moeder Consument I] ingevulde aanvraagformulier voor de DIL naar Erasmus verstuurd.

2.7. Op 7 maart 2011 is een taxatierapport uitgebracht van de woning van mevrouw [Naam moeder Consument I]. Het taxatierapport luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Waardepeildatum: 22-2-2011
(...)
- Marktwaaarde: € 725.000,-
(...)
- Marktwaaarde na verbouwing: € 756.000,-
(...)
- Executiewaaarde: € 609.000,-
(...)
- Executiewaaarde na verbouwing: € 635.000,-“

2.8. Op 1 april 2011 heeft mevrouw [Naam moeder Consument I] van de Adviseur per brief uitleg over de hypothecaire geldlening ontvangen en ondertekend. Deze brief luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Naar aanleiding van het gesprek met uw adviseur ontvangt u hierbij een berekening voor het sluiten van de Pensioen Optimaal Hypotheek (POH) van BLG Hypotheken. Kenmerk van de POH is dat de overwaarde van uw woning wordt gebruikt als aanvulling op uw inkomen of uw vrij besteedbaar vermogen.

(...)

Grondbeginsel Pensioen Optimaal Hypotheek

Het grondbeginsel van de POH is gebaseerd op het zo verantwoord mogelijk benutten van de overwaarde van uw woning. Doelstelling is zoveel mogelijk kostenneutraal te zijn ten opzichte van de huidige situatie.

Hiertoe wordt een nieuwe hypotheek afgesloten op uw woning ter grootte van maximaal de door een taxateur vast te stellen executiewaarde. De bestaande hypotheekschuld wordt afgelost uit de nieuwe hypotheek. Vervolgens resteert een geldbedrag met twee bestemmingen. Eén deel stort u in een gegarandeerde Direct Ingaande Lijfrente (DIL), het tweede deel krijgt u, na aftrek van de in de financieringsopzet vermelde kosten en eventueel verplicht af te lossen kredieten, vrij ter beschikking.

Geen beleggingsrisico maar gegarandeerde maandelijkse uitkering

Er wordt een zogenoemde gegarandeerde direct ingaande lijfrenteverzekering (DIL) afgesloten (...) Deze DIL geeft gedurende de benodigde looptijd (10 jaar) een gegarandeerde maandelijkse uitkering van € 1.536. Hiervoor is een eenmalige koopsom nodig van € 150.000. De koopsom wordt gefinancierd uit de overwaarde van de woning.

(...)

Met het afsluiten van een contraverzekering beperkt u het kapitaalverlies voor de nabestaanden als u beiden voor de einddatum van de DIL komt te overlijden. Informeer bij uw adviseur naar de mogelijkheden.”

- 2.9. Op 18 mei 2016 heeft de Adviseur een bezoek gebracht aan mevrouw [Naam moeder Consument 1]. Het verslag van dit bezoek luidt, voor zover relevant, als volgt:
“Samen met [Naam moeder Consument 1] de financiële situatie doorgenomen en de relevante wijzigingen op hypotheek/fiscaal gebied doorgenomen.

De huidige hypotheek valt onder het overgangsrecht en kan ongewijzigd door blijven lopen. De hypotheekrente van de BLG hypotheek loopt af per 01-07-2016. We hebben afgesproken om de rente voor 10 jaar vast te zetten tegen 2,65 % (€ 916,46 per maand). FVfa gaat dit oppakken.

Tevens de Ostrica rekening doorgenomen. Het rendement van de afgelopen 3 jaar bedroeg 9,19 % waardoor het totale rendement op 34,8% is uitgekomen (6,96% netto per jaar). Deze rekening is bedoeld om over 5 jaar, als de lijfrente uitkering van Erasmus vervalt, het inkomen aan te vullen. Het profiel hebben we ook samen besproken en wilt ze niet wijzigen. Er is nog een terugkoppeling van Ostrica omtrent het profiel.

Verder zijn er geen bijzonderheden.”

- 2.10. Op 4 januari 2017 is mevrouw [Naam moeder Consument 1], geboren op [datum] 1941, overleden.
- 2.11. In augustus 2017 hebben Consumenten zich gewend tot [Naam gemachtigde van Consumenten] (hierna: ‘de gemachtigde van Consumenten’).

- 2.12. Op 5 oktober 2017 heeft de gemachtigde van Consumenten per brief een klacht gestuurd aan de Adviseur.
- 2.13. Op 10 oktober 2017 heeft de Adviseur de gemachtigde van Consumenten per brief medegedeeld dat de ontvangen stukken van 5 oktober 2017 zijn doorgestuurd naar zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar (hierna: 'de gemachtigde van de Adviseur').
- 2.14. Op 20 oktober 2017 heeft de voormalig fiscalist [Naam fiscalist] van mevrouw [Naam moeder Consument I] een e-mail gestuurd aan de Adviseur, die voor zover relevant, als volgt luidt:

“Ik heb even gekeken in mijn dossier, bijgaand enige correspondentie uit de periode 2008 t/m 2011.

Hieruit blijkt dat we al vanaf mei 2008 met haar hebben gesproken over een herfinanciering van het pand. Belangrijkste reden; ze kon het financieel niet meer opbrengen om in het pand te blijven wonen en er was sprake van achterstallig onderhoud en behoefte aan een verbouwing. Op haar verzoek ben ik dus gaan zoeken naar herfinancieringsmogelijkheden waardoor ze geen of minder lasten had en de overwaarde op haar woning kon gebruiken om de toekomstige woonlasten te dragen en dus de schuld te laten oplopen. Me andere woorden ‘haar huis op te eten’. Dit prefereerde ze boven de woning te verkopen en te gaan verhuizen.”

- 2.15. Op 22 november 2017 heeft de gemachtigde van de Adviseur, onder verwijzing naar de correspondentie tussen de Adviseur met de fiscalist, per e-mail een gereageerd op de klacht van Consumenten. In zijn reactie heeft de gemachtigde namens de Adviseur betwist dat sprake is van enige aansprakelijkheid dan wel beroepsfout.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consumenten

- 3.1. Consumenten vorderen een bedrag van € 413.000,- vermeerderd met de kosten voor rechtsbijstand.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
- De Adviseur heeft nagelaten informatie in te winnen over de kennis en ervaring van mevrouw [Naam moeder Consument I], evenals haar financiële positie, huidige inkomen, toekomstig inkomen en risicobereidheid. De Adviseur heeft bij zijn advies geen rekening gehouden met de looptijd van vijf jaar van de plafondrete van de hypothecaire geldlening.

Eveneens heeft de Adviseur nagelaten rekening te houden met mogelijke nabestaanden, omdat geen contraverzekering is gesloten. De Adviseur heeft zich niet vergewist of mevrouw [Naam moeder Consument I] de werkelijke gevolgen van het geadviseerde product overzag. Hierdoor heeft de Adviseur aan mevrouw [Naam moeder Consument I] een niet-passend product geadviseerd en daarmee niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur verwacht mag worden. De Adviseur heeft zijn zorgplicht geschonden.

- De Adviseur heeft nagelaten het inkomen van mevrouw [Naam moeder Consument I] te toetsen, waardoor de verstrekte hypothecaire geldlening hoger was dan toegestaan op basis van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF). Mevrouw [Naam moeder Consument I] beschikte ten tijde van de financieringsaanvraag enkel over een uitkering op basis van de Algemene Ouderdomswet (AOW). Alleen in gemotiveerde uitzonderingssituaties mag meer krediet worden verstrekt dan verantwoord wordt geacht. Dat sprake was van een uitzonderingssituatie in het geval van mevrouw [Naam moeder Consument I] is niet gebleken noch gemotiveerd. Er is hierdoor sprake van over- kreditering die mede toerekenbaar is aan de Adviseur.
- In de Brochure van de Pensioen Optimaal Hypotheek staat vermeld dat uitkering van de DIL tenminste tot het 85^e levensjaar van de verzekerde geschiedt. De gesloten DIL van mevrouw [Naam moeder Consument I] had slechts een looptijd van 10 jaar, waardoor zij slechts uitkering tot haar 80^e levensjaar zou ontvangen. Dit is in strijd met de opgenomen informatie uit de brochure. De Adviseur kende zodoende het geadviseerde product onvoldoende, waardoor hij onzorgvuldig heeft gehandeld.

Verweer van de Adviseur

3.3. De Adviseur heeft de stellingen van Consumenten gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1. De Commissie staat voor de vraag of de Adviseur aansprakelijk gesteld kan worden voor de door Consumenten gestelde overkreditering. Hiertoe overweegt de Commissie als volgt.

4.2. De Commissie merkt op dat de gemachtigde van de Adviseur primair in zijn verweer beroep heeft gedaan op artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waaruit volgt dat een schuldeiser geen beroep kan doen op een gebrek in de prestatie, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. De Commissie ziet op grond van de inhoud gestelde klacht aanleiding om voorafgaand aan de beoordeling van dit verweer eerst de (inhoudelijke) argumenten van partijen te bespreken.

- 4.3. De rechtsverhouding tussen mevrouw [Naam moeder Consument I] en de Adviseur kwalificeert zich als een overeenkomst van opdracht. Op grond van artikel 7:401 BW geldt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De inhoud van deze zorgplicht is in de rechtspraak ingevuld. Daaruit blijkt dat een adviseur tegenover zijn opdrachtgever de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht (zie o.a. HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375, r.o. 3.4.1). Bij de beantwoording van de vraag of de Adviseur aan zijn zorgplicht heeft voldaan, geldt dat van de adviseur verwacht mag worden 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. Eveneens is van belang dat de Adviseur een cliënt zodanig moet informeren over de aard en inhoud van het product, dat die voor het sluiten van de overeenkomst een weloverwogen beslissing kan nemen (zie GC nr. 2017-631).
- 4.4. De Commissie overweegt dat de aan mevrouw [Naam moeder Consument I] verleende financiering een zogeheten ‘opeethypotheek’ betreft. Het voornaamste kenmerk van een opeethypotheek is dat de overwaarde van de woning gebruikt wordt als aanvulling op het inkomen en zodoende bedoeld is om de geldnemer ten goede te laten komen. Uitleg over deze hypotheekvorm is (onder meer) door de Adviseur gegeven in de brief van 1 april 2011 (zie ook r.o. 2.8). Hiermee heeft de Adviseur mevrouw [Naam moeder Consument I] in staat gesteld voor het sluiten van de overeenkomst een weloverwogen beslissing te nemen. De uit de geldlening gefinancierde DIL van € 150.000,- gold in het onderhavige geval als aanvulling op het inkomen van mevrouw [Naam moeder Consument I]. Vanzelfsprekend is het gevolg van de opeethypotheek en de daaraan verpande DIL dat dit de waarde van het nalatenschap verkleint en daarmee ook de nabestaanden treft.
- 4.5. Gelet op het in r.o. 4.4 genoemde kenmerk van de opeethypotheek, is het (bestaande) inkomen van een geldnemer bij een opeethypotheek van ondergeschikt belang. De overwaarde van de woning (ten opzichte van de resterende hypotheekschuld) is in een dergelijk geval leidend. Uit de hypotheekofferte volgt als voorwaarde voor de hoogte van de hypotheeksom dat de maximale financiering de “alsdan geldende executiewaarde” betreft. Op 7 maart 2011 is een taxatierapport opgesteld om te bepalen of de woning voldoende overwaarde had om de financiering te bekostigen. In het taxatierapport staan executiewaarden opgenomen van vóór verbouwing van € 609.000,- en, ná verbouwing, van € 635.000,-. De financiering die aan mevrouw [Naam moeder Consument I] is verleend betrof € 415.000,- waarmee ruimschoots aan de gestelde financieringsvoorwaarde van de hypotheekofferte is voldaan.

- 4.6. In r.o. 2.14 heeft de (voormalig) fiscalist van mevrouw [Naam moeder Consument I] per e-mail verklaard dat laatstgenoemde het niet meer financieel kon opbrengen om in haar woning te blijven wonen, waardoor zij gezamenlijk op zoek zijn gegaan naar mogelijkheden om de woning te herfinancieren en daarbij gebruik te maken van de overwaarde van de woning, oftewel een opeethypotheek. Refererend aan het voorgaande en r.o. 2.4 en 2.5 overweegt de Commissie dat in voldoende mate vast staat dat mevrouw [Naam moeder Consument I], ten tijde van het sluiten van de omstreden hypotheekconstructie, de intentie had om in ieder geval 10 jaar in haar woning te blijven wonen en deze niet wenste te verkopen. Dat de looptijd van de DIL, die voorziet in een aanvulling op het inkomen, dan ook op 10 jaar is vastgesteld komt de Commissie dan ook niet onaannemelijk voor.
- 4.7. Door de schriftelijke uitleg van de Adviseur van 1 april 2011 (r.o. 2.8) is mevrouw [Naam moeder Consument I] erop gewezen dat zij een contraverzekering kon sluiten om het kapitaalverlies voor de nabestaanden te beperken, zou zij vóór de einddatum van de DIL komen te overlijden. Hoewel Consumenten kennelijk menen dat het sluiten van een contraverzekering logischerwijs wel de intentie zou zijn geweest van mevrouw [Naam moeder Consument I], is dit naar het oordeel van de Commissie niet uit de overgelegde stukken gebleken. De Commissie merkt op de gemachtigde namens Adviseur terecht heeft gesteld dat hij enkel een zorgplicht had jegens mevrouw [Naam moeder Consument I] en niet jegens Consumenten, nu Consumenten geen partij waren bij het gegeven advies of de gesloten hypotheekconstructie. Los van de stelling van Consumenten dat zij zijn benadeeld door de gesloten hypothecaire geldlening en de daaraan verpande DIL, is het de Commissie niet tot onvoldoende gebleken dat de Adviseur de zorgplicht jegens mevrouw [Naam moeder Consument I] heeft geschonden.
- 4.8. Gelet op het vorenstaande acht de Commissie bespreking van artikel 6:89 BW niet meer nodig. De Commissie is van oordeel dat de vordering van Consumenten dient te worden afgewezen. Alle overige door Consumenten ingebrachte stellingen leiden niet tot een ander oordeel en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 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/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 40 van het Reglement.