

Uitspraak Commissie van Beroep 2019-020 d.d. 11 juni 2019

(mr. C.A. Joustra, voorzitter, J.C.H. Kars AAG CERA, mr. A. Smeeing-van Hees, mr. R.J.F. Thiessen en F.R. Valkenburg AAG RBA, leden, en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

Samenvatting

Hypotheek, advies. Erfgenamen klagen erover dat de Adviseur aan Erflaatster een "opeet-hypotheek" heeft geadviseerd, zonder contraverzekering. De Commissie van Beroep is van oordeel dat Erflaatster geen onverantwoord risico liep en wijst de klacht af.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

1. De procedure in beroep

- 1.1 De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) heeft op 30 augustus 2018 een bindend advies gegeven (dossiernr. [nummer]) op een klacht van Consumenten tegen de Bank.
- 1.2 Bij een op 28 september 2018 door de Commissie van Beroep financiële dienstverlening (verder: Commissie van Beroep) ontvangen pro forma beroepschrift hebben Consumenten het onder 1.1 genoemde bindend advies ter toetsing voorgelegd. Bij brief van 29 oktober 2018 (met bijlagen) hebben Consumenten de gronden van beroep ingediend.
- 1.3 De Bank heeft een op 14 december 2018 gedateerd verweerschrift (met bijlage) ingediend.
- 1.4 De Commissie van Beroep heeft het beroep mondeling behandeld op 8 april 2019. Partijen zijn aldaar verschenen en hebben een pleitnotitie overgelegd.

2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Commissie van Beroep naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Inleiding op de beoordeling van het beroep

- 3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de feiten die de Geschillencommissie heeft vermeld in het bindend advies onder 2.1 tot en met 2.9. De feiten zijn niet betwist en worden voor zover relevant aangevuld met enkele andere feiten die tussen partijen vaststaan. Kort gezegd gaat het om het volgende.
 - (i) Mevrouw [naam Erflaatster] (hierna: Erflaatster), geboren in 1941, bewoonde een grote woonboerderij. Sinds het bereiken van de 65-jarige leeftijd ontving zij een AOW-uitkering. Erflaatster was kunstenares en had (in ieder geval tot in 2009)

inkomsten uit eigen bedrijf. Zij had een hypothecaire geldlening van (afgerond) € 140.000,- en een doorlopend krediet van (afgerond) € 40.000,-.

- (ii) Erflaatster heeft zich tot een adviseur gewend voor financieel advies en bemiddeling. Zij heeft vervolgens een offerte gevraagd voor een Pensioen Optimaal Hypotheek.
- (iii) De Bank heeft op 28 januari 2011 een offerte aan haar uitgebracht voor een aflossingsvrije hypothecaire geldlening ten bedrage van € 415.000,- met een looptijd van 30 jaar en met een variabele rente van maximaal 5,05% per jaar gedurende de eerste vijf jaar van de looptijd van de lening. In de offerte staat verder, voor zover van belang, het volgende:

“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. (...)

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

*Het is in uw belang dat de financiering aansluit op uw wensen en past bij uw omstandigheden. [De Bank] adviseert u niet en controleert het advies van uw adviseur niet. Bespreek daarom deze offerte met uw adviseur voordat u de offerte accepteert.
(...)*

Het door u te lenen bedrag in deze offerte is (...) 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 zodanige wijze dat u deze risico's begrijpt en accepteert.”

- (iv) Erflaatster heeft op 3 februari 2011 de volgende (op het briefpapier van haar adviseur afgedrukte) verklaring ondertekend:

“Ondergetekende, [Erflaatster] (...), verklaart hierbij op de hoogte te zijn van het volgende:

[Erflaatster] 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. [Erflaatster] realiseert zich wel dat ze na deze 10 jaar het pand zal moeten verkopen aangezien ze de maandlasten die dan resteren niet kan opbrengen. [Erflaatster] heeft hier geen enkele moeite mee.”

- (v) Erflaatster heeft op 27 februari 2011 een offerte ondertekend voor een tienjarige lijfrente van € 1.563,- per maand tegen een eenmalige koopsom van € 150.000,-.
- (vi) De woning van Erflaatster is op 22 februari 2011 getaxeerd. In het taxatierapport van 7 maart 2011 is vermeld dat de marktwaarde van de woning € 725.000,- bedroeg en de executiewaarde € 609.000,-. Na de voorgenomen verbouwing zou de getaxeerde marktwaarde € 756.000,- bedragen en de executiewaarde € 635.000,-.
- (vii) Bij brief van 1 april 2011 heeft Erflaatster van de adviseur een nadere berekening ontvangen in verband met het afsluiten van een Pensioen Optimaal Hypotheek (POH), alsmede nadere informatie over deze hypotheek. Erflaatster heeft de brief voor akkoord ondertekend. De berekening houdt het volgende in. Met de hypotheek van € 415.000,- zouden de (onder (i) genoemde) bestaande hypotheek en het doorlopend krediet worden afgelost en zou een direct ingaande lijfrenteverzekering (DIL) worden afgesloten tegen een koopsom van € 150.000,-. Er zou dan een bedrag van € 86.438,- ter vrije besteding resteren. In de brief staat verder:

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 met een 100% uitkeringsovergang op de langstlevende. Deze DIL geeft gedurende de benodigde looptijd (10 jaar) een gegarandeerde maandelijkse uitkering van € 1.563. Hiervoor is een eenmalige koopsom nodig van € 150.000. De koopsom wordt gefinancierd uit de overwaarde van de woning. De uitkering uit deze lijfrenteverzekering is bedoeld om de extra hypotheeklasten, die het gevolg zijn van de verhoging van uw hypotheek, te voldoen.

(...)

4. Afsluiten contraverzekering

Wanneer u beiden zou komen te overlijden tijdens de uitkeringsduur van de DIL, gaat het restant van de polis naar de verzekeringsmaatschappij. Wanneer u dit niet wenst, is een contraverzekering dé oplossing. Dit is een overlijdensrisicoverzekering die zowel op één als op twee levens gesloten kan worden ten behoeve van uw nabestaande. 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.

(...)"

(viii) De hypotheekakte voor de hypothecaire geldlening van € 415.000,- is op 17 juni 2011 verleden. Bij brief van 1 juli 2011 is Erflaatster geïnformeerd dat het rentepercentage van de lening per die datum is vastgesteld op 4,70% (€ 1.625,42 per maand). Met de lening is een op 20 juni 2011 ingaande DIL ter waarde van € 150.000,- aangeschaft, zijn de lopende leningen afgelost en is een bouwdepot ter grootte van € 86.438,- gecreëerd. Dit laatste bedrag heeft Erflaatster aangewend voor het opknappen van een aanbouw aan haar woning teneinde deze aanbouw als atelier te kunnen gebruiken.

(ix) Erflaatster is op 4 januari 2017 overleden. De woning is op 4 september 2018 verkocht voor een bedrag van € 700.000,-.

- 3.2 Consumenten hebben bij de Geschillencommissie betaling van een bedrag van € 413.000,- gevorderd. Zij hebben aangevoerd – kort gezegd – dat sprake was van overkreditering en dat de hypothecaire geldlening van € 415.000,- onverantwoord was en in strijd met art. 4:34 lid 1 Wft en art. 6 lid 2 van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF). De Bank heeft volgens Consumenten nagelaten voldoende informatie in te winnen over de financiële positie van Erflaatster. Haar bestendige inkomen bestond louter uit een AOW-uitkering van € 14.000,- per jaar. Erflaatster heeft weliswaar inkomsten uit onderneming gehad, maar zij was ten tijde van het sluiten van de geldlening al 70 jaar, zodat met deze inkomsten geen rekening had mogen worden gehouden bij het bepalen van haar leencapaciteit, aldus Consumenten.
- 3.3 De Bank heeft de vordering van Consumenten weersproken. Volgens haar was het in de gegeven omstandigheden niet in strijd met de wet of de gedragscode om de hypothecaire geldlening aan Erflaatster te verstrekken.
- 3.4 De Geschillencommissie heeft de vordering van Consumenten afgewezen. Zij heeft overwogen dat Erflaatster expliciet is geweest op de werking van de Pensioen Optimaal Hypotheek en de daaraan gekoppelde DIL. Ook heeft de Bank Erflaatster expliciet gewezen op de overschrijding van het maximaal verantwoord krediet op basis van de GHF. Erflaatster heeft door het ondertekenen van de hypotheekofferte schriftelijk verklaard dat zij in kennis is gesteld van de overschrijding en dat zij de daaraan verbonden risico's heeft begrepen en geaccepteerd. Verder is Erflaatster gewezen op de mogelijkheid van een contraverzekering, zo blijkt uit de brief van 1 april 2011. De Geschillencommissie is voorts van oordeel dat het voor een hypotheek als de onderhavige (ook wel aangeduid als 'opeethypotheek') van ondergeschikt belang is wat het inkomen van Erflaatster was. De Geschillencommissie verwerpt de stelling van Consumenten dat geen rekening had mogen worden gehouden met de inkomsten uit het eigen bedrijf van Erflaatster. De Geschillencommissie merkt op dat de cijfers waarmee de Bank heeft gerekend (te weten: inkomsten uit 2007, 2008 en 2009), dateren uit de periode waarin Erflaatster reeds AOW-gerechtigd was en dat de Bank is uitgegaan van het laagste inkomen, namelijk uit 2009.

4. Beoordeling van het beroep

- 4.1 In de procedure bij de Commissie van Beroep hebben Consumenten hun vordering gewijzigd. Zij vorderen nu een bedrag van **€ 362.000,-**, te vermeerderen met de kosten voor rechtsbijstand en het vaststellen van de aansprakelijkheid. Het bedrag van € 362.000,- is als volgt opgebouwd:
- te veel betaalde rente wegens overkreditering (4% over een bedrag van € 285.000,- gedurende zeven jaar): € 77.000,- plus wettelijke rente = **€ 90.000,-**;
 - het restant van de DIL dat als gevolg van het overlijden van Erflaatster aan de verzekeraar is toegefallen: **€ 83.000,-**;
 - indien de Bank niet zou hebben meegewerkt aan de hypotheek: het bij verkoop van de woning door de nabestaanden te verdelen bedrag van € 474.000,- minus € 285.000,- (dit laatste bedrag is het verschil tussen de verkoopprijs van de woning (€ 700.000,-) en het restant van de hypotheek van € 415.000,- = **€ 189.000,-**).
- 4.2 Volgens Consumenten was de lening te hoog in verhouding tot het inkomen van Erflaatster. De Bank heeft ook rekening gehouden met het inkomen uit onderneming, maar zij had alleen met het AOW-inkomen mogen rekenen omdat alleen dat inkomen bestendig was. Erflaatster was in 2011 immers al met pensioen. Ook de inkomsten uit de DIL waren niet bestendig, want de lijfrente was voor een periode van slechts tien jaar afgesloten. De Bank heeft zich niet aan de Wft gehouden en ook niet aan de GHF, aldus Consumenten. Het feit dat hier sprake was van een ‘opeethypotheek’ maakt dat niet anders. De hypotheek lag ver boven de maximale norm. Bovendien had Erflaatster nog diverse andere vaste lasten omdat zij in een groot, oud pand woonde en beschikte over een aanzienlijk kunstcollectie die verzekerd moest worden. Volgens Consumenten had de Bank de hypotheek moeten weigeren. In ieder geval had de Bank schriftelijk moeten vastleggen waarom zij in dit geval de hypotheek toch gerechtvaardigd vond. Dat heeft zij echter niet gedaan. Verder hebben Consumenten nog aangevoerd dat de gekozen constructie te risicovol was, omdat er een rentevastperiode van maar vijf jaar was afgesproken. Als de rente na vijf jaar was gestegen, dan had Erflaatster de woning gedwongen moeten verkopen. Tot slot zijn Consumenten van mening dat een contraverzekering had moeten worden afgesloten. Volgens hen zou Erflaatster hebben gewild dat een eventueel restant van de polis naar haar nabestaanden ging en niet naar de verzekeraar.
- 4.3 Bij de beoordeling van dit geschil stelt de Commissie van Beroep het volgende voorop. De Commissie van Beroep is slechts bevoegd om deze zaak te behandelen voor zover het gaat om eventuele tekortkomingen van de Bank jegens Erflaatster als gevolg waarvan Erflaatster in haar vermogen schade heeft geleden. Voor zover Consumenten van mening zijn dat zij als gevolg van onzorgvuldig handelen van de Bank eigen schade hebben geleden, valt een dergelijke vordering tot schadevergoeding buiten de bevoegdheid van Kifid.
- 4.4 Voorts stelt de Commissie van Beroep vast dat tussen de Bank en Erflaatster geen adviesrelatie bestond. Erflaatster werd bijgestaan door een eigen adviseur, die de Pensioen Optimaal Hypotheek aan Erflaatster heeft geadviseerd. Voor zover Consumenten erover klagen dat er sprake is van gebrekkige advisering (bijvoorbeeld omdat een ander product meer geschikt zou zijn geweest, omdat er een te korte rentevastperiode zou zijn

geadviseerd, of omdat het belang van het afsluiten van een contraverzekering onvoldoende zou zijn benadrukt), is de Bank dus niet aansprakelijk voor eventueel daaruit voortvloeiende schade.

- 4.5 Het vorenstaande neemt niet weg dat de Bank een eigen verantwoordelijkheid heeft bij het beoordelen van de hypotheekaanvraag en de beslissing de gewenste hypothecaire lening al dan niet te verstrekken. Art. 4:34 Wft bepaalt dat een kredietverstrekker voorafgaand aan het aangaan van een kredietovereenkomst in het belang van de consument informatie inwint over diens financiële positie en dat de kredietverstrekker – ter voorkoming van overkreditering van de consument – beoordeelt of het aangaan van de overeenkomst verantwoord is. Een kredietverstrekker mag geen lening aangaan met een consument indien dit uit het oogpunt van overkreditering onverantwoord is.
- 4.6 De verplichtingen van de Bank zijn verder uitgewerkt in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen. De in deze zaak geldende gedragscode uit 2007 bepaalt dat een hypothecair financier de aanvraag van een consument beoordeelt op basis van diens financiële positie en moraliteit en de waarde van de aangeboden zekerheden (art. 6 lid 1). Bij het bepalen van de leencapaciteit houdt de hypothecair financier rekening met huidige vaste en bestendige inkomsten, alsmede met toekomstig vrij voor de consument beschikbare inkomsten uit vermogen indien die redelijkerwijs te verwachten zijn. Onder vrij voor de consument beschikbare inkomsten uit vermogen worden verstaan inkomsten die de consument vrij kan besteden zonder dat de vermogensbron wordt aangetast (art. 6 lid 2). Bij een “opeethypotheek” wordt doorgaans niet voldaan aan het bepaalde in het tweede lid omdat bij een dergelijke hypotheekvorm de vermogensbron (de eigen woning) nu juist wél wordt aangetast.
- 4.7 Art. 6 lid 6 van de Gedragscode bepaalt evenwel dat een hypothecair financier in bijzondere gevallen mag afwijken van de hiervoor genoemde normen voor de verstrekking van een hypothecaire geldlening. De financier dient de consument in dat geval tijdig in kennis te stellen van die overschrijding en de consument dient schriftelijk te verklaren dat de hypothecair financier hem heeft gewezen op de overschrijding van de normen en de daaraan verbonden risico’s en dat hij die risico’s begrijpt en accepteert. De hypothecair financier dient de overschrijding en de daaraan ten grondslag liggende motivering vast te leggen in het financieringsdossier van de consument.
- 4.8 Het staat vast dat Erflaatster over onvoldoende inkomen beschikte voor het verstrekken van een hypothecaire geldlening ten bedrage van € 415.000,-, zelfs als rekening zou mogen worden gehouden met haar inkomsten uit onderneming. De inkomsten uit de DIL vormen geen bestendig inkomen als bedoeld in art. 6 lid 2 van de Gedragscode omdat het geen inkomsten zijn die Erflaatster vrij kon besteden zonder aantasting van de vermogensbron. De Bank kon de hypothecaire geldlening dus uitsluitend verstrekken indien sprake was van een bijzonder geval als bedoeld in art. 6 lid 6 van de Gedragscode.
- 4.9 Ter zake van de vraag of is voldaan aan het bepaalde in art. 6 lid 6 van de Gedragscode, overweegt de Commissie van Beroep het volgende. De Bank heeft Erflaatster bij offerte van 28 januari 2011 in kennis gesteld van de overschrijding van de maximale leencapaciteit,

die de Bank had vastgesteld op € 353.120,15. Erflaatster heeft de offerte ondertekend, zodat de Commissie van Beroep ervan uitgaat dat zij heeft kennis genomen van deze overschrijding. De offerte vermeldt verder dat Erflaatster in kennis is gesteld van de risico's van deze overschrijding en dat zij deze risico's begrijpt en accepteert. Erflaatster heeft ook hiervoor getekend. De offerte vermeldt overigens niet wat deze risico's inhouden.

- 4.10 Het 'risico' dat Erflaatster in ieder geval liep, was dat zij haar woning aan het einde van de looptijd van de DIL zou moeten verkopen. De Bank heeft aangevoerd dat uit de door Erflaatster op 3 februari 2011 ondertekende verklaring volgt dat zij ermee bekend was dat zij de woning na tien jaar zou moeten verkopen wanneer de looptijd van de lijfrente zou zijn verstreken en zij geen andere middelen zou hebben om de hypotheeklasten te betalen. De Commissie van Beroep gaat er dan ook van uit dat Erflaatster met dit risico bekend was voorafgaand aan het sluiten van de Pensioen Optimaal Hypotheek. Uit de verklaring volgt ook dat zij deze consequentie accepteerde.
- 4.11 De Bank heeft verder nog het volgende aangevoerd. Dankzij de uitkering uit de lijfrente waren de maandlasten gedurende een (door Erflaatster gewenste) periode van tien jaar betaalbaar. De maandelijkse lasten van de hypotheek bedroegen maximaal € 1.746,- en de maandelijkse uitkering uit de DIL bedroeg € 1.563,- zodat er maximaal een bedrag van € 183,- aan hypotheekrente zou resteren die uit de AOW-uitkering zou moeten worden betaald. Verder heeft de Bank ervoor zorggedragen dat de geldlening zo ver onder de executiewaarde van de woning lag, dat Erflaatster bij verkoop van de woning (vrijwel) geen risico op een restschuld liep. Tot slot was het volgens de Bank voor de verstrekking van de Pensioen Optimaal Hypotheek van ondergeschikt belang of Erflaatster nog inkomsten uit onderneming had, omdat de hypotheek verstrekt werd op basis van de overwaarde in de woning en deels gebruikt werd voor de betaling van de hypotheeklasten.
- 4.12 De Commissie van Beroep is van oordeel dat in de gegeven omstandigheden sprake is van een bijzondere omstandigheid als bedoeld in art. 6 lid 6 van de Gedragscode die afwijking van de normen (in het bijzonder de inkomensnorm) voor het verstrekken van een hypothecaire geldlening rechtvaardigt. Dat brengt dus mee dat de Bank de onderhavige hypothecaire geldlening van € 415.000,- mocht verstrekken, hoewel Erflaatster enkel over een AOW-uitkering beschikte (mogelijk aangevuld met enige inkomsten uit eigen bedrijf).
- 4.13 Bij dit oordeel betreft de Commissie van Beroep ook nog het volgende. Uit de overgelegde brochure over de Pensioen Optimaal Hypotheek blijkt dat deze hypotheekvorm bedoeld is voor gepensioneerden met een eigen woning die ruimer in hun financiële middelen willen zitten en in hun eigen woning willen blijven wonen. Daarmee voldoet deze hypotheekvorm aan een behoefte voor ouderen van wie het vermogen voornamelijk in de eigen woning zit en die enkel op grond van hun (pensioen)inkomsten niet over voldoende leencapaciteit beschikken om een nieuwe (hypothecaire) lening aan te gaan. Consumenten hebben erkend dat Erflaatster bijzonder graag in haar eigen woning wilde blijven wonen, maar dat zij over onvoldoende financiële middelen beschikte om die wens in vervulling te laten gaan. De Pensioen Optimaal Hypotheek bood haar de mogelijkheid toch nog tien jaar langer in haar woning te blijven wonen.

- 4.14 In dit geval heeft de Erflaatster met de door de Bank verstrekte geldlening geen onaanvaardbaar risico gelopen op een te hoge rentelast. Daarbij neemt de Commissie van Beroep in aanmerking dat Erflaatster deze rentelasten grotendeels kon voldoen door middel van de uitkeringen uit de DIL. Er bestond evenmin een onaanvaardbaar groot risico op een restschuld bij verkoop van de woning (na afloop van de DIL), omdat de executiewaarde ver boven de hypotheekschuld lag. Nu de Bank zich ervan had vergewist dat Erflaatster er van doordrongen was – en accepteerde – dat zij na verloop van tien jaar haar woning zou moeten verkopen, was de Bank niet gehouden het door Erflaatster verlangde krediet te weigeren omdat dit onverantwoord was.
- 4.15 Aan Consumenten kan worden toegegeven dat niet is gebleken dat de Bank heeft voldaan aan de verplichting om de overschrijding met de daaraan ten grondslag liggende motivering vast te leggen in het financieringsdossier van Erflaatster (art. 6 lid 6, laatste zin van de Gedragscode). Deze tekortkoming rechtvaardigt echter in de omstandigheden van dit geval niet de conclusie dat de Bank de hypothecaire geldlening niet had mogen verstrekken, dan wel dat Erflaatster door het handelen van de Bank schade heeft geleden.
- 4.16 De conclusie is dat het beroep van Consumenten ongegrond is. De Commissie van Beroep zal het bindend advies van de Geschillencommissie handhaven.

5. Beslissing

De Commissie van Beroep handhaaft het bindend advies van de Geschillencommissie.