

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-242 d.d.
27 augustus 2015**

(mr. R.J. Verschoof, voorzitter, mr. B.F. Keulen en drs. W. Dullemond, leden en mr. R.A.F. Coenraad, secretaris)

Samenvatting

Omzetting hypothecaire geldlening. Kwaliteit advies tussenpersoon. Kapitaalverzekering Eigen Woning. De Commissie is van oordeel dat van een redelijk handelend en redelijk vakbekwaam assurantietussenpersoon te allen tijde gevergd mag worden dat hij in voldoende mate proactief optreedt. Nu naar het oordeel van de Commissie vast staat dat Aangeslotene onvoldoende zorgvuldigheid in acht heeft genomen door Consument niet te wijzen op de verschillende mogelijkheden ten aanzien van het omzetten van haar hypotheek, is door Aangeslotene in zoverre niet gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur betaamt. Aldus is Aangeslotene toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen jegens Consument en is hij in beginsel gehouden de dientengevolge door haar geleden schade te vergoeden. Daartegenover staat dat de Commissie de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeringnemer meeweegt. Nu zij onvoldoende actief is geweest om de reeds bestaande levensverzekeringen desgewenst om te zetten in een KEW, draagt zij ook deels zelf schuld aan het ontstaan van de schade en moet deze in zoverre voor haar rekening blijven. Vordering wordt deels toegewezen.

Consument,

tegen

Gonlag van Ruyven Hypotheken & Verzekeringen, gevestigd te Maassluis, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende vragenformulier van 5 mei 2014;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld. Tussenkomsst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als niet bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op maandag 23 maart 2015 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1 Consument heeft ten behoeve van de financiering van haar woning een hypothecaire geldlening afgesloten. Deze hypotheek bestond uit drie delen: één deel aflossingsvrij, één deel zou worden afgelost door middel van een spaarverzekering (de spaarhypotheek) en het laatste deel door middel van een verzekering op basis van beleggingen (de beleggingshypotheek).
- 3.2 Consument heeft Aangeslotene in april 2012 benaderd met de vraag of deze haar wilde adviseren over het omzetten van de beleggingshypotheek naar een andere hypotheekvorm. Partijen hebben in de periode van april 2012 tot december 2012 meerdere malen over deze omzetting van gedachten gewisseld.
- 3.3 Aangeslotene heeft diverse voorbeeldberekeningen aan Consument voorgelegd.
- 3.4 Op 4 december 2012 is door Aangeslotene bij de hypotheekverstrekker het verzoek ingediend om de beleggingshypotheek om te zetten naar een hypotheek die voortaan op basis van annuïteiten zou worden afgelost. De desbetreffende offerte is op 6 maart 2013 door ASR Woninghypotheken afgegeven, welke Aangeslotene op dezelfde dag aan Consument heeft doorgezonden.
- 3.5 Consument liet Aangeslotene op 8 maart 2013 per e-mail weten akkoord te gaan met deze aanpassing van dit onderdeel van de hypothecaire geldlening.

4. De vordering en grondslagen

- 4.1 Consument vordert dat Aangeslotene de schade vergoedt die is opgetreden in verband met tekortkomingen in het advies- en bemiddelingstraject. Consument becijfert de schade op
 1. De contante waarde van het verschil tussen het juiste en gewenste advies en het daadwerkelijk afgesloten hypotheekproduct € 6.116,15
 2. De contante waarde van de totale belasting die verschuldigd is tot 2035 naar aanleiding van het niet omzetten van een lopende kapitaalverzekering naar een kapitaalverzekering eigen woning € 5.087,47
 3. De dossierkosten in verband met de begeleiding en advisering door de adviseur van Consument, te weten 20% van de vordering € 2.709,10

zijnde een totaal bedrag van € 13.903,72 dat nog vermeerderd dient te worden met de wettelijke rente vanaf de datum dat het geschil is ontstaan.

4.2 Deze vorderingen steunen kort en zakelijk op de volgende grondslagen:

- Aangeslotene heeft niet geadviseerd om de lopende spaar- en beleggingsverzekering tijdig – te weten vóór 1 april 2013 – om te zetten naar een Kapitaalverzekering Eigen Woning, waardoor Consument binnen de fiscale box 1 een belastingvrij kapitaal van € 50.000 had kunnen opbouwen. Nu deze omzetting achterwege is gebleven blijft deze verzekering onderhevig aan de binnen de fiscale box 3 geldende vermogensrendementsheffing.
- Het was bovendien uit financieel en fiscaal oogpunt veel gunstiger geweest om de beleggingshypotheek om te zetten in een spaarhypotheek in plaats van een hypotheek op basis van annuïteiten.
- Er is voorts geen advies- en bemiddelingsopdracht aan Consument voorgelegd.
- Tevens is verstrekking van de wettelijk verplichte precontractuele documenten achterwege gebleven, waaronder bijvoorbeeld het Dienstverleningsdocument.
- Zowel de inventarisatie van de financiële situatie van Consument alsmede een schriftelijke motivering van het advies zijn achterwege gebleven.
- Er is geen risico- en zekerheidsprofiel opgesteld, hetgeen noodzakelijk is bij complexe producten als hypotheek en vermogensopbouw.
- Het advies, hoe gebrekkig ook, is nooit getekend door Consument en haar echtgenoot.
- Door het gebrek aan juiste en volledige informatie is uiteindelijk gekozen voor een nieuwe hypotheekconstructie die voor Consument het minst interessant en minst voordelig was.

4.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, het volgende verweer gevoerd:

- Aangeslotene behoorde Consument te adviseren over de verschillende vormen van hypotheek en heeft dat ook gedaan.
- Consument heeft aan de hand van de beschikbare informatie weloverwogen een beslissing kunnen nemen.
- Aangeslotene kan niet worden verweten dat het omzettingsvoorstel pas op 6 maart 2013 – relatief kort voor de wijziging van het fiscale regime – beschikbaar was. Dat lag geheel in handen van de hypotheekverstrekker.
- Het verwijt van Consument dat Aangeslotene haar had moeten adviseren om zowel de reeds bestaande beleggings- als spaarverzekering om te zetten in een KEW (Kapitaalverzekering Eigen Woning) treft geen doel. Vast staat dat Consument had besloten om de beleggingsverzekering af te kopen en de waarde hiervan in mindering te brengen op de hypotheekschuld. Voorts was Consument voor wat betreft de eventuele mogelijkheden tot omzetting al geïnformeerd door de verzekeraar. Consument heeft hierover nooit contact opgenomen met Aangeslotene.

- Ook het verwijt dat de werkwijze en de dossiervorming van Aangeslotene niet zou voldoen aan de AFM-richtlijnen treft geen doel. Al zou het dossier op enkele punten niet op orde zijn, dan is gesteld noch gebleken dat Consument daardoor benadeeld zou zijn.
- Voor een aanspraak op vergoeding van de gemaakte buitengerechtelijke kosten is geen plaats. Het is de eigen keuze van Consument geweest om een gemachtigde in te schakelen, hetgeen geenszins verplicht is. Het valt niet in te zien dat de financiële gevolgen van deze keuze voor rekening van Aangeslotene zouden moeten komen.

5. Beoordeling

- 5.1 Aan de orde is de vraag of en in hoeverre Aangeslotene een verwijt kan worden gemaakt van het advies dat hij Consument heeft gegeven in het kader van de door deze gewenste aanpassing van de hypothecaire geldlening.
- 5.2 De rechtsverhouding tussen Consument en Aangeslotene dient te worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 Burgerlijk Wetboek. Op Aangeslotene rust in dit kader een zorgplicht jegens Consument.
- 5.3 In de jurisprudentie is die zorgplicht voor assurantietussenpersonen nader uitgewerkt in die zin dat een assurantietussenpersoon tegenover zijn opdrachtgever de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden verwacht (zie HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375, rov. 3.4.1).
- 5.4 De vraag die de Commissie moet beantwoorden is of Aangeslotene aan deze zorgplicht heeft voldaan. Bij de beantwoording van deze vraag neemt de Commissie tot uitgangspunt dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden verwacht 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 van zijn cliënten. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag voorts worden verwacht dat hij zijn cliënten zodanig informeert over de aard van het product en de risico's van hun keuzes, dat de cliënten vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een weloverwogen beslissing kunnen nemen.
- 5.5 Ter zitting heeft Aangeslotene opgemerkt dat Consument in de gesprekken telkenmale benadrukte dat het behoud van het fiscale regime (lees: aftrekbaarheid van de hypotheekrente) voorop stond. Bij een omzetting naar een hypotheek op basis van annuïteiten bestond hierover zekerheid. In november 2012 was dit nog onduidelijk ten aanzien van een omzetting naar bijvoorbeeld een spaarhypotheek.

Tevens bracht Aangeslotene naar voren dat bij de Consument na de e-mail van 6 maart 2013 niet meer de bereidheid bestond om nog een nieuw gesprek aan te gaan. Aangeslotene heeft vervolgens uitvoering gegeven aan het bericht van Consument van 8 maart 2013.

- 5.6 De Commissie is van oordeel dat van een redelijk handelend en redelijk vakbekwaam assurantietussenpersoon te allen tijde gevergd mag worden dat hij in voldoende mate proactief optreedt. Nu in de loop van januari 2013 duidelijk werd dat ook een omzetting naar een spaarhypotheek met behoud van het fiscale regime mogelijk was, had hij dit nadrukkelijk met Consument moeten bespreken, zodat zij tijdig een weloverwogen keuze had kunnen maken voor de voor haar financieel gunstigste optie. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene dit heeft nagelaten.

Ten aanzien van de mogelijkheid tot omzetting van de reeds bestaande verzekeringen in een KEW is de Commissie van oordeel dat Consument hierover door ASR Verzekeringen is geïnformeerd. Het feit dat Consument vervolgens geen actie heeft ondernomen om deze conversie doorgang te laten vinden is een omstandigheid die Aangeslotene niet valt aan te rekenen.

- 5.7 Nu naar het oordeel van de Commissie vast staat dat Aangeslotene onvoldoende zorgvuldigheid in acht heeft genomen door Consument niet te wijzen op de verschillende mogelijkheden ten aanzien van het omzetten van haar hypotheek, is door Aangeslotene in zoverre niet gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur betaamt. Aldus is Aangeslotene toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen jegens Consument en is hij in beginsel gehouden de dientengevolge door haar geleden schade te vergoeden.
- 5.8 Daartegenover staat dat de Commissie de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeringnemer meeweegt. Nu zij onvoldoende actief is geweest om de reeds bestaande levensverzekeringen desgewenst om te zetten in een KEW, draagt zij ook deels zelf schuld aan het ontstaan van de schade en moet deze in zoverre voor haar rekening blijven.
- 5.9 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vordering van Consument voor een deel zal worden toegewezen, namelijk een bedrag van € 6.116,15, welk bedrag betrekking heeft op de schade als gevolg van het omzettingsvoorstel van de hypotheek en door Consument in haar repliek is berekend en toegelicht. Dit bedrag is door Aangeslotene bij dupliek onvoldoende gemotiveerd weersproken. Nu dit bedrag voor het eerst in de repliek is genoemd zal de wettelijke rente eerst worden toegewezen met ingang van de datum van ontvangst van de repliek, te weten 30 september 2014.

Een vergoeding van de door Consument gemaakte kosten van haar gemachtigde van € 1.200 komt de Commissie redelijk voor. Bij de bepaling van dit bedrag heeft de Commissie aansluiting gezocht bij het Liquidatietarief rechtbanken en hoven.

5.10 Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij niet bindend advies vast dat:

- Aangeslotene binnen een termijn van drie weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument een bedrag voldoet van € 6.116,15, vermeerderd met de wettelijke rente van 30 september 2014 tot de dag der algehele voldoening;
- Aangeslotene binnen een termijn van drie weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument een kostenvergoeding voldoet van € 1.200.
- Aangeslotene aan Consument diens eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht zal vergoeden, zijnde € 50.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van 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/wie-behandelt-mijn-klacht-1/4#stappen-plan.