

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-569
(mr. B.F. Keulen, voorzitter en prof. Mr. M.L. Hendrikse en mr. A.M.T. Wigger en
mr. M.A. Kleijer, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 10 augustus 2015
Ingediend door : Consument
Tegen : Hoekstra & Van Eck Groep B.V., statutair gevestigde te Purmerend, verder te noemen
Adviseur
Datum uitspraak : 21 november 2016
Aard uitspraak : bindend advies

Samenvatting

Consument was in 2013 bekend met het bestaan van Kifid. In dat jaar heeft een gemachtigde Adviseur aansprakelijk gesteld. In 2015 dient Consument, na een voorwaardelijk aanbod van de geldverstrekker te hebben afgewezen, haar klacht bij Kifid in. Gegeven de feiten en omstandigheden in deze klachtkwestie is de klacht niet binnen een redelijke termijn zoals bedoeld in artikel 12 van het Reglement ingediend.

I. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier voorzien van bijlagen;
- het verweerschrift van Adviseur met bijlagen;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Adviseur.

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

De Commissie stelt verder vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist. Nadat op 8 augustus 2016 een enkelvoudige behandeling van de klacht op stukken door mr. B.F. Keulen had plaatsgevonden is partijen bericht dat de verdere behandeling van de klacht meervoudig op stukken zou plaatsvinden. De Commissie is vervolgens uitgebreid met prof. mr. M.L. Hendrikse en mr. A.M.T. Wigger. Partijen zijn daarover nader bericht en in de gelegenheid gesteld, voor zover nodig, deze leden te wraken. Partijen hebben van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Op 19 september 2016 vond de meervoudige behandeling op stukken plaats.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Na daartoe verkregen advies en via bemiddeling van Hendriks Hypotheken en Financiële Planning is tussen Consument en XXX een hypothecaire geldlening (2004) tot stand is gekomen ten behoeve van de aankoop van een woning.

- 2.2 De hypothecaire financiering bestond uit twee delen waarbij aan één leningdeel een verpande kapitaalverzekering was gekoppeld. De rente voor beide leningdelen stond voor 15 jaar vast. Van deze financiering maakte ook een verpande beleggingsrekening met een defensief doelrisicoprofiel deel uit. Op deze beleggingsrekening is door Consument uit eigen middelen een bedrag gestort waarvan een deel is belegd en een deel op een spaarrekening is gestort. De hypothecaire maandlasten werden grotendeels aan de beleggingsrekening onttrokken. Tot slot is door Consument een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten.
- 2.3 Nadat de omvang van deze beleggingsrekening vanaf medio 2008 sterk was afgenomen hebben partijen jaarlijks contact. De door partijen overgelegde brieven en/of e-mailcorrespondentie dateren vanaf november 2011. Adviseur heeft Consument geassisteerd bij het opstellen van een brief (d.d. 10 november 2011) gericht aan XXX met het verzoek vanwege de gedaalde waarde van de beleggingsrekening tot een passende oplossing te komen. Hierop zijn enkele gesprekken tussen Consument, Adviseur en XXX gevoerd en over en weer voorstellen gedaan.
- 2.4 Per brief en/of e-mail van 10 maart 2013 beklagt Consument zich bij Adviseur (Hendriks makelaardij afdeling financiële zaken) en XXX over het uitblijven van een oplossing, verleent zij hen een allerlaatste termijn en stelt zij hen aansprakelijk voor de geleden en of te lijden schade. Consument schrijft inmiddels contact te hebben gelegd met een advocaat. De ontvangst van deze brief is door een medewerker van de Hypotheekshop per e-mail van 12 maart 2013 bevestigd.
- 2.5 In haar aan Adviseur (de hypotheekshop/Hendriks Makelaardij) en/of XXX gerichte e-mail dan wel brief van 24 april 2013 schrijft Consument (onder meer) op advies van Kifid haar klacht in te dienen. Consument schrijft *“Ik heb toen met het Kifid contact gehad om te kijken of dit echt wel reëel was, maar inhoudelijk kon daar niets over gezegd worden. Ik moest in onderhandeling gaan met hun. En als dat uiteindelijk niks opleverde dan een officiële klacht indienen en dan werd na 6 weken als daar niks uit voortvloeide kon ik Kifid inschakelen. Dit dan ook zo gedaan”*.
- 2.6 De door Consument ingeschakelde advocaat stelt Adviseur per brief van 12 september 2013 aansprakelijk.
- 2.7 In reactie hierop doet de directie van Adviseur, mede namens XXX, Consument bij brief van 23 september 2013 een aanbod. Dit aanbod dient Consument, onder verlening van finale kwijting van XXX en Hendriks Makelaardij, binnen één maand na dagtekening van de brief te accepteren.
- 2.8 Per brief van 9 februari 2015 stelt Consument de Hypotheekshop (opnieuw) aansprakelijk. Consument beklagt zich over de advisering en bemiddeling voorafgaande aan de totstandkoming van de hypothecaire geldlening en is van mening dat de jegens haar in acht te nemen zorgplicht zowel ter zake de advisering en bemiddeling in 2004 als ook ter zake de nazorg niet in acht is genomen.

- 2.9 In aansluiting hierop ontvangt Consument het bericht, voor zover relevant, “*Hoekstra & Van Eck (Hendriks Makelaardij) stelde mij uw brief met aansprakelijkheidstelling ter hand met het verzoek deze voor haar te beantwoorden. Echter, omdat de advisering van Hendriks Makelaardij ondertussen 11 jaar geleden heeft plaatsgevonden, de personen die uw dossier behandelden niet meer werkzaam zijn bij cliënte, en wij ook afhankelijk zijn van input van XXX, hebben wij meer tijd nodig om alle feiten boven tafel te krijgen en uw brief goed te kunnen beantwoorden*”. Een nadere reactie zal volgen.
- 2.10 In de vervolgens toegestuurde inhoudelijke reactie van 11 mei 2015 wordt de aansprakelijkheid gemotiveerd van de hand gewezen.
- 2.11 Consument stelt met XXX een schikking te hebben getroffen waarbij over en weer, onder verbeurte van een dwangsom, geheimhouding is overeengekomen.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert dat Adviseur wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag ad € 73.169,00.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Adviseur is in de uitvoering van de verleende opdracht tot advies en bemiddeling en ook ter zake de te verlenen nazorg toerekenbaar tekort geschoten met schadeplichtigheid als gevolg. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan. In eerste instantie wilde zij (alleenstaand, twee kinderen, beneden modaal inkomen) een nieuwe aan te kopen woning grotendeels uit eigen middelen (overwaarde van de eigen woning) financieren. Adviseur heeft dit Consument afgeraden. Consument zou een dief zijn van haar portemonnee als zij het advies niet zou opvolgen; het risico om geld te verliezen zou én vanwege de horizon van 20 jaar en vanwege het gekozen defensieve doelrisicoprofiel gering zijn. Door mede een arbeidsongeschiktheidsverzekering af te sluiten zou Consument altijd in staat zijn haar lasten te betalen. Consument heeft ruim een half jaar met Adviseur contact gehad en heeft alvorens het advies op te volgen andere adviseurs geraadpleegd. Sommige adviseurs waren over dit voorstel positief. Anderen gaven aan met die constructie niet bekend te zijn of hadden daarover geen mening.
- 3.3 Vanaf 2008 heeft Consument periodiek ten overstaan van Adviseur haar zorgen geuit. Eerst nadat zij in 2011 erg boos is geworden heeft Adviseur geassisteerd bij het leggen van contact met XXX. Dit resulteerde destijds niet in een oplossing. Dit geldt ook voor actie die Consument zelf dan wel via haar advocaat in 2013 jegens Adviseur heeft ondernomen. Consument stelt door de gehele gang van zaken ziek te zijn geworden. Dit heeft er mede toe geleid dat zij destijds geen nadere stappen heeft gezet. Inmiddels heeft Consument de aansprakelijkheidskwestie met XXX kunnen afronden en wenst zij de handelwijze van Adviseur te laten beoordelen. Consument is van mening dat diens advies en bemiddeling onjuist zijn geweest.

Als het antwoord van Adviseur op de door Consument gestelde vragen naar onder meer het risico van de voorgestelde financieringsconstructie 'eerlijk' zou zijn geweest, dan zou Consument daarvoor nooit hebben gekozen. Consument voert verder aan dat Adviseur ter zake de te verlenen nazorg nalatig is gebleven door geen periodiek onderhoud te bieden, niet of zeer traag op vragen en/of voorstellen en/of klachten te reageren.

- 3.4 Consument heeft haar gevorderde schade als volgt toegelicht. In het geval zij de aangekochte woning gedeeltelijk uit eigen middelen zou hebben gefinancierd dan zou zij een hypothecaire geldlening ad € 105.000,00 hebben afgesloten. Het door Consument gevorderde bedrag is het verschil tussen dat bedrag en de hoogte van de huidige hypothecaire lening ad € 178.169,34.

Verweer Adviseur

- 3.5 Adviseur heeft de stellingen van Consument zowel op formele als inhoudelijke gronden gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1 Het verweer dat de Commissie niet bevoegd is kennis te nemen van de klacht omdat de contractspartij van Consument niet is aangesloten bij het Kifid faalt. De Commissie overweegt hiertoe als volgt.
- Adviseur is aangesloten bij het Kifid. Aan Adviseur is, zo volgt uit het Register Financiële Dienstverleners van de AFM een vergunning verleend. Uit dien hoofde is Adviseur bij Kifid aangesloten. Adviseur beschikt over een collectieve vergunning. Een dergelijke vergunning kan worden aangevraagd als, zoals in het geval van Adviseur, de financiële onderneming uit meerdere ondernemingen bestaat. In het hiervoor genoemde register van de AFM is als aangesloten instelling Hoekstra & Van Eck Financiële Diensten B.V. opgenomen. Deze financiële onderneming handelt onder meer onder de naam Hoekstra & Van Eck Financiële Diensten h.o.d.n. De Hypotheekshop, zijnde de rechtsopvolger van de adviseur die in 2004 Consument adviseerde. Ingevolge de systematiek van artikel 2:105 lid 2 Wet op het financieel toezicht (Wft) geldt de onderhavige vergunning mede voor de aangesloten onderneming. Daarnaast is de inhoud van de brief van 12 september 2013, waarbij Adviseur door de advocaat van Consument aansprakelijk is gesteld, gelijk aan de inhoud van de onderhavige klacht. Adviseur heeft daarop gereageerd door een finaal aanbod te doen.
- 4.2 Wat betreft het verweer dat de klacht te laat is ingediend wordt het volgende overwogen.
- 4.3 In artikel 12 van het Reglement is, voor zover van belang, het volgende bepaald over de indiening van een klacht:

Artikel 12 Termijn van indiening

12.1 De Klacht moet bij Kifid worden ingediend binnen een jaar nadat Consument zijn Klacht aan Aangeslotene heeft voorgelegd of binnen drie maanden na de dagtekening van de brief of het bericht waarin Aangeslotene definitief Schriftelijk zijn

*standpunt over de Klacht aan Consument kenbaar heeft gemaakt.
De langste van deze twee termijnen geldt.*

12.3 Als Aangeslotene bij de Schriftelijke afwijzing niet heeft gewezen op de mogelijkheid de Klacht aan Kifid voor te leggen, moet Consument de Klacht indienen binnen een redelijke termijn nadat hij begreep of had behoren te begrijpen dat hij met zijn Klacht bij Kifid terecht kon. Dat geldt ook als Aangeslotene in de interne klachtprocedure niet binnen zes weken heeft gereageerd op de Klacht.

12.5 Als Consument de Klacht te laat indient, kan Kifid de Klacht toch behandelen:

a) als Consument naar het oordeel van de Voorzitter van de termijnoverschrijding geen verwijt kan worden gemaakt of de termijnoverschrijding niet anderszins voor zijn rekening en risico behoort te blijven, en het belang van Aangeslotene door de vertraagde behandeling niet onredelijk wordt geschaad.

- 4.4 De Commissie stelt op basis van het dossier dat Consument Adviseur bij brief van 24 april 2013 aansprakelijk heeft gesteld. Op basis van de inhoud van die brief en de inhoud van de onderhavige klacht stelt de Commissie vast dat dit over hetzelfde onderwerp gaat. Hieruit volgt dat Consument destijds bekend was met de beweerdelijke aansprakelijkheid van Adviseur.
- 4.5 Consument heeft op het naar aanleiding hiervan geformuleerde voorwaardelijk aanbod van Adviseur en XXX niet gereageerd. Het aanbod is daardoor komen te vervallen. Adviseur heeft Consument niet gewezen op de mogelijkheid haar klacht aan Kifid voor te leggen. Met inachtneming van het hiervoor geciteerde artikel 12 lid 3 moest Consument, omdat zij niet gewezen was op de mogelijkheid haar klacht voor te leggen aan Kifid, binnen een redelijke termijn na die afwijzing haar klacht bij Kifid indienen. De termijn van drie maanden die in artikel 12 lid 1 is vermeld, is dus niet van toepassing.
- 4.6 Door de klacht tegen Adviseur eerst op 10 augustus 2015 aan Kifid voor te leggen, heeft Consument niet voldaan aan artikel 12 van het Reglement. Een termijn van bijna twee jaar kwalificeert niet als een redelijke termijn in de zin van dit artikel.
- 4.7 Hierbij wordt van belang geacht dat Consument in 2013 én op de hoogte was van het bestaan van Kifid én zich had voorzien van de deskundige bijstand van een advocaat.
- 4.8 Op basis van al hetgeen hiervoor is overwogen komt de Commissie tot het oordeel dat de klacht van Consument niet-behandelbaar is, hetgeen betekent dat de Commissie niet toekomt aan de inhoudelijke behandeling en beoordeling van de klacht. Alle overige stellingen van partijen zullen mitsdien onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie stelt vast dat Kifid de klacht niet kan behandelen.

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 46 van het Reglement.