

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-615 d.d.
15 december 2016
(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, mr. W.H.G.A. Filott mpf en mr. J.W.M. Lenting,
leden en mr. E.C. Aarts, secretaris)**

Samenvatting

Consument heeft door advisering en bemiddeling van Tussenpersoon een hypothecaire geldlening en een 'hypotheekrekening' gesloten. Consument stelt dat Tussenpersoon toerekenbaar is tekortgeschoten in haar advisering c.q. een niet passend advies heeft verstrekt. Naar het oordeel van de Commissie is Tussenpersoon tekortgeschoten jegens Consument door de passage omtrent de opeisbaarheid van de onderhandse lening met de verkoper van de woning over het hoofd te zien. Ook heeft Tussenpersoon in strijd met artikel 7:417 BW jo. 7:427 BW twee partijen gediend. De vordering van Consument wordt deels toegewezen.

Consument,

tegen

Uw Gesprekspartner Gertjan Brouwer, gevestigd te Kampen, hierna te noemen Tussenpersoon.

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 verweerschrift van Tussenpersoon;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Tussenpersoon;
- de ter zitting namens Consument overgelegde stukken.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

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

De aansluiting van Tussenpersoon bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening is per 1 januari 2016 beëindigd. Op grond van artikel 47 van het Reglement (oud) kan de klacht evenwel worden behandeld en afgedaan op de wijze als in dit Reglement bepaald.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 9 november 2016 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. Consument en haar echtgenoot huurden tot medio 2009 een woning aan de [straat] te [plaats]. Op enig moment zijn zij in contact gekomen met Tussenpersoon. Tussenpersoon heeft geadviseerd en bemiddeld in verband met de koop en financiering van voornoemde woning.
- 3.2. Tussenpersoon heeft een offerte voor een hypothecaire geldlening aangevraagd bij Direktbank (hierna: 'de Bank'). Op 17 november 2008 heeft de Bank een offerte uitgebracht. De geoffreerde geldlening heeft een hoofdsom van € 268.750,- en bestaat uit twee leningdelen. Het eerste leningdeel heeft een hoofdsom van € 161.000,- en is aflossingsvrij. Het tweede leningdeel heeft een hoofdsom van € 107.750,- en dient te worden afgelost met de uitkering van een (nog te sluiten) levensverzekering. In de offerte is verder – voor zover relevant – het volgende vermeld:

“(…)

Uw hypothecaire lening is hoger dan de bij ons bekende marktwaarde van het onderpand. Bij verkoop van het onderpand bestaat het risico dat er een restschuld ontstaat. Dit zou voor u kunnen inhouden dat na verkoop deze restschuld ineens moet worden terugbetaald.

Conform de Gedragscode Hypothecaire Financieringen is de maximale leencapaciteit € 235.236,40. De door u aangevraagde lening is echter hoger dan op basis van deze normen verstrekt zou kunnen worden. Dit kan gevolgen hebben voor de betaalbaarheid van uw lening. In bijzondere gevallen is het toegestaan om meer te verstrekken dan conform deze gedragscode is toegestaan. In uw geval zijn wij daartoe bereid.

Bij de berekening van bovenstaande maximale leencapaciteit zijn wij ervan uitgegaan dat de volledige lening als eigenwoningschuld wordt aangemerkt.

Door ondertekening van deze offerte verklaart u stil te hebben gestaan bij de risico's van het aangaan van een lening met een hoger bedrag en bent u zich in dit kader volledig bewust van de gevolgen van een mogelijke toekomstige verandering van uw maandlasten en/of uw inkomens- en vermogenspositie.

Tevens verklaart u door ondertekening van deze offerte dat uw adviseur u heeft gewezen op de overschrijding ten aanzien van de normen inzake de leencapaciteit conform de regelgeving in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen en dat u de daaraan verbonden risico's begrijpt en accepteert.

“(…)”

- 3.3. De offerte is door Consument en haar echtgenoot vervolgens voor akkoord ondertekend.

- 3.4. Door advisering en bemiddeling van Tussenpersoon hebben Consument en haar echtgenoot tevens een ‘Allianz Plus Hypotheekrekening’ (hierna: ‘hypotheekrekening’) met overlijdensrisicodekking gesloten bij Allianz. De rechten en vorderingen met betrekking tot de hypotheekrekening zijn aan de Bank verpand. Consument en haar echtgenoot hebben op 2 juni 2009 een aanvraagformulier Allianz Plus Hypotheekrekening ondertekend waarin onder meer het volgende staat:

“(…)

Profieltest

(…)

Uitkomst profieltest : Defensief

Details Allianz Plus Hypotheekrekening

Bestedingsdoel Aflossing hypotheek

(…)

Beleggersrekening

Uitkomst profieltest defensief

Modelportefeuille Allianz Plus Neutrale Portefeuille

(…)”

- 3.5. Daarnaast hebben Consument en haar echtgenoot een bedrag van € 13.500,- geleend van de verkoper van de woning. In de overeenkomst van geldlening is – voor zover relevant – het volgende vermeld:

“(…)”

- aflossing van de hoofdsom geschied op termijn in onderling overleg.

(…)”

- gemelde hoofdsom of het restant daarvan is overigens steeds en te allen tijde opeisbaar, met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden;

(…)”

- 3.6. Op enig moment is er een conflict ontstaan tussen Consument en de verkoper van de woning, waarna de verkoper de onderhandse geldlening heeft opgeëist. Ook zijn er op enig moment betalingsachterstanden ontstaan ten aanzien van de hypothecaire geldlening.

4. De vordering en grondslagen

- 4.1. Consument vordert vergoeding van de door haar als gevolg van het handelen van Tussenpersoon geleden schade, door haar begroot op € 104.753,82. Dit bedrag bestaat uit de kosten in verband met de aanschaf en het bezit van de woning, het verschil tussen de lasten die Consument voorheen verschuldigd was en haar huidige lasten, de waardevermindering van de woning, de kosten in verband met de verzekeringen en de kosten voor aanvullende advies.

- 4.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen: Tussenpersoon is jegens Consument toerekenbaar tekortgeschoten in haar advisering c.q. heeft een niet passend advies aan Consument verstrekt. In dit kader voert Consument het volgende aan:
- Tussenpersoon had de aankoop van de woning en de daarmee samenhangende geldlening(en) moeten afraden. Volgens Consument is de financiering niet passend; de maandlasten zijn veel te hoog en er is meer verstrekt dan op basis van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (hierna: 'GHF') was toegestaan (overkreditering). Ook heeft Tussenpersoon Consument onvoldoende gewezen op de risico's verbonden aan de hypothecaire geldlening, met name de (te) hoge maandlasten.
 - De door Tussenpersoon geadviseerde hypotheekrekening sloot niet aan bij de doelstellingen van Consument, te weten aflossing van de lening bij de verkoper, bekostigen van de studie van haar dochter, verlagen van de maandlasten na pensionering van haar echtgenoot en aflossing van (een deel van) de geldlening.
 - Uit de door Consument ingevulde profieltest volgt een defensief beleggingsprofiel, terwijl de gekozen modelportefeuille wordt gekwalificeerd als neutraal. Het is voor Consument onduidelijk waarom er sprake is van deze discrepantie.
 - In de geldleningovereenkomst met de verkoper van de woning – welke is opgesteld door Tussenpersoon – is opgenomen dat de geldlening te allen tijde opeisbaar is. Tussenpersoon heeft nagelaten Consument hierop te wijzen.
 - Tussenpersoon heeft de Bank niet op de hoogte gesteld van de onderhandse lening met de verkoper van de woning, alsmede dat met het van de Bank geleende bedrag de bestaande consumptieve kredieten van Consument zouden worden afgelost. De Bank zou de geldlening niet hebben verstrekt, indien zij over alle relevante informatie zou hebben beschikt.
 - Tussenpersoon was niet bevoegd om te bemiddelen met betrekking tot de hypotheekrekening.
 - Tussenpersoon was ook de adviseur van de verkoper van de woning en heeft dan ook twee partijen gediend, hetgeen in strijd is met artikel 7:427 Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW') jo. 7:417 BW.
 - Indien Tussenpersoon Consument correct had geadviseerd, was zij nimmer overgegaan tot aankoop van de woning.
- 4.3. Tussenpersoon heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:
- Het was voor Consument (financieel) voordelig om de woning te kopen. De maandlasten zijn bij aanvang van de hypothecaire geldlening weliswaar gestegen, maar daar stond tegenover dat de financiële positie van Consument – vanwege vermogensopbouw – in de toekomst zou verbeteren. Daarnaast is Consument thans verzekerd voor het risico van vooroverlijden en arbeidsongeschiktheid.
 - Consument is door Tussenpersoon gewezen op de overschrijding van de GHF-norm. Door ondertekening van de offerte heeft Consument zulks ook erkend.
 - De financiële gevolgen van de koop van de woning en de overige geadviseerde producten alsmede de daaraan verbonden risico's zijn meermaals en uitgebreid met Consument besproken. Tussenpersoon verwijst in dit kader naar de offerte alsmede de door hem gemaakte – en bij Consument bekende – financiële analyse.

- Het bestedingsdoel van de hypotheekrekening is aflossing van (een gedeelte van) de geldlening bij de Bank, hetgeen automatisch een verlaging van de maandlasten met zich mee zal brengen. Consument stelt ten onrechte dat de hypotheekrekening daarnaast zou dienen voor een aantal andere doelstellingen. Tussenpersoon heeft (slechts) aan Consument medegedeeld dat indien de waarde van de woning aanzienlijk zou stijgen, mogelijk een deel van de uitkering zou kunnen worden aangewend voor andere doeleinden.
- Verzekeraar heeft de discrepantie tussen het risicoprofiel van Consument en de fondskeuze geconstateerd, maar heeft de fondskeuze gevolgd waarvoor Consument heeft getekend op het aanvraagformulier. Vooral nog lijkt deze afwijking niet in het nadeel van Consument te zijn geweest. Bovendien staat het Consument vrij om op ieder gewenst moment de fondskeuze aan te passen.
- Tussenpersoon erkent dat hij niet heeft gezien dat in de door hem aan partijen overgelegde concept leningovereenkomst was opgenomen dat de lening te allen tijde opeisbaar is.
- De Bank is op de hoogte gesteld van alle relevante informatie, waaronder de onderhandse lening met de verkoper. Tussenpersoon verwijst in dit kader naar de nota van afrekening van de notaris.
- Tussenpersoon is een samenwerkingsovereenkomst aangegaan met een ander adviesbureau en was op grond daarvan bevoegd om te bemiddelen.
- Tussen Consument en de verkoper van de woning bestond een vriendschappelijke relatie die was gebaseerd op vertrouwen. Tussenpersoon heeft samen met de verkoper van de woning kennis gemaakt met Consument.

5. Beoordeling

- 5.1. Aan de orde is de vraag of Tussenpersoon toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen jegens Consument. Vooropgesteld dient te worden dat Tussenpersoon op grond van artikel 7:401 BW tegenover zijn opdrachtgever de zorg dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon mag worden verwacht. Dit brengt in ieder geval mee dat Tussenpersoon erop toe diende te zien dat het door hem verstrekte advies zou passen bij de persoonlijke omstandigheden en doelstellingen van zijn cliënt en in diens belang zou zijn.
- 5.2. Vast staat dat Consument en haar echtgenoot ten behoeve van de financiering van de door hen aangekochte woning – naast de geldlening bij de Bank – een bedrag van € 13.500,- hebben geleend van de verkoper van de woning. Tussenpersoon heeft partijen in dit kader voorzien van een concept leningovereenkomst waarin is opgenomen “*gemelde hoofdsom of het restant daarvan is overigens steeds en te allen tijde opeisbaar, met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden*”. Tussenpersoon heeft tijdens de mondelinge behandeling erkend dat hij deze passage over het hoofd heeft gezien. In zoverre is Tussenpersoon dan ook tekortgeschoten jegens Consument. Consument heeft tijdens de mondelinge behandeling uitdrukkelijk verklaard dat zij als gevolg van deze tekortkoming in de problemen is geraakt. Zij heeft toegelicht dat, hoewel zij zich voorheen ook al in een moeilijke financiële situatie bevond, de problemen ten aanzien van het voldoen van de maandelijkse lasten zijn ontstaan op het moment dat de lening door de verkoper werd

opgeëist. De conclusie is dat het advies van Tussenpersoon op dit punt niet passend was en hij gehouden is de dientengevolge door Consument geleden schade te vergoeden. In r.o. 5.10. zal nader worden ingegaan op de (omvang van) de door Tussenpersoon te vergoeden schade.

- 5.3. Consument merkt vervolgens terecht op dat Tussenpersoon in strijd met artikel 7:417 BW jo. 7:427 BW is opgetreden als tussenpersoon van Consument en als tussenpersoon van de verkoper van de woning. Op grond van artikel 7:417 lid I BW jo. 7:427 BW mag een opdrachtnemer (tussenpersoon) slechts tevens als opdrachtnemer van de wederpartij optreden indien de inhoud van de overeenkomst zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van beide opdrachtgevers is uitgesloten. In het onderhavige geval is vanwege de opgekomen tegenstrijdigheid over 'te allen tijde opeisbaar' en 'aflossing in onderling overleg' strijd tussen de belangen van beide opdrachtgevers niet uitgesloten en moet worden aangenomen dat Tussenpersoon in strijd heeft gehandeld met het in voornoemde wetsartikelen bepaalde. De conclusie is dat Tussenpersoon ook op dit punt is tekortgeschoten jegens Consument. Aan deze tekortkoming kan evenwel, mede gelet op het navolgende, geen te begroten schade worden verbonden.
- 5.4. De Commissie acht de klacht voor de overige door Consument in onderdeel 4.2. genoemde punten ongegrond en overweegt hiertoe als volgt.
- 5.5. *(i) niet passende financiering*
Anders dan Consument lijkt te veronderstellen, is onvoldoende gebleken dat de (gehele) financiering niet passend was. Daarbij is het volgende van belang. De kern van de financiële problemen van Consument is, volgens haar eigen stellingen, gelegen in de onderhandse lening met de verkoper, en dan met name het feit dat de verkoper deze lening op enig moment heeft opgeëist. Op het moment dat de verkoper de lening opeiste, ontstonden problemen ten aanzien van het voldoen van de maandelijkse lasten, aldus Consument. Onder deze omstandigheden kan niet zonder meer worden aangenomen dat de (gehele) financiering niet passend was.
Voor zover Consument stelt dat er een hogere financiering is verstrekt dan op basis van de GHF was toegestaan en Tussenpersoon haar onvoldoende heeft gewezen op de risico's verbonden aan de hypothecaire geldlening, met name de (te) hoge maandlasten, overweegt de Commissie als volgt. Vast staat dat Tussenpersoon (slechts) de rol van adviseur, tevens bemiddelaar heeft vervuld. Omdat Tussenpersoon niet is opgetreden als hypotheekverstrekker is hij niet primair de partij die kan worden aangesproken voor het feit dat er een hogere financiering is verstrekt dan op basis van de GHF was toegestaan. Er zijn ook geen feiten of omstandigheden gebleken op basis waarvan Tussenpersoon had moeten afzien van het bemiddelen bij het verkrijgen van de hypothecaire geldlening. Voorts wordt overwogen dat in de hypotheekofferte uitdrukkelijk is vermeld dat de aangevraagde geldlening hoger is dan op basis van de verstrekkingnormen zoals vastgesteld in de GHF is toegestaan. Door ondertekening van de offerte heeft Consument verklaard stil te hebben gestaan bij de risico's van het aangaan van een lening met een hoger bedrag. Ook heeft zij verklaard dat haar adviseur haar heeft gewezen op de overschrijding ten aanzien van de normen inzake de leencapaciteit conform de regelgeving in de GHF en dat zij de daaraan verbonden risico's begrijpt en accepteert.

Van Consument had mogen worden verwacht dat zij de offerte had bestudeerd alvorens deze te ondertekenen. Voor het geval deze voor haar niet duidelijk was of bepaalde punten niet aan de orde waren gekomen, had zij daarover opheldering dienen te vragen, hetzij bij de Bank hetzij bij Tussenpersoon. Dat zij dat niet heeft gedaan, is voor haar rekening. Daar komt nog bij dat de maandelijkse lasten van een hypothecaire geldlening, mits deze van te voren inzichtelijk zijn, voor een gemiddelde Consument goed zijn te overzien, waardoor Consument ook zelf in staat moet zijn geweest de maandelijkse lasten van de hypothecaire geldlening af te zetten tegen het inkomen en op basis daarvan zelf de beslissing te nemen om de geldlening al dan niet af te sluiten. Deze verantwoordelijkheid kan niet geheel worden afgeschoven op Tussenpersoon.

5.6. *(ii) geadviseerde hypotheekrekening sloot niet aan bij doelstellingen*

Consument stelt dat de door Tussenpersoon geadviseerde hypotheekrekening niet aansloot bij haar doelstellingen, te weten aflossing van de geldlening bij de verkoper, bekostigen van de studie van haar dochter, verlagen van de maandlasten na pensionering van haar echtgenoot en aflossing van (een deel van) de geldlening. De Commissie overweegt dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de geadviseerde hypotheekrekening niet aansloot bij de doelstelling(en) van Consument. In het door Consument ondertekende aanvraagformulier van de hypotheekrekening is opgenomen dat het bestedingsdoel van de hypotheekrekening aflossing van de hypothecaire geldlening is. Aan deze doelstelling van Consument is dan ook zonder meer voldaan. Consument had, op basis van de ten tijde van de aanvraag overlegde stukken, kunnen en moeten begrijpen dat de inleg op de hypotheekrekening zou worden aangewend om vermogen op te bouwen en dat dit vermogen (pas) op de einddatum tot uitkering zou komen, zodat de overige doelstellingen die haar – zoals zij thans stelt – voor ogen stonden nimmer haalbaar waren. Indien hierover bij haar onduidelijkheid bestond had zij daarover navraag moeten doen bij Tussenpersoon. Als zij dat niet heeft gedaan, dan is dat voor haar rekening.

5.7. *(iii) beleggingsprofiel en modelportefeuille*

Consument merkt terecht op dat uit de door haar ingevulde profieltest een defensief beleggingsprofiel volgt. Dit is ook als zodanig opgenomen op pagina 4 en 6 van het door Consument ondertekende aanvraagformulier van de hypotheekrekening. Op pagina 6 van het aanvraagformulier is echter (ook) opgenomen dat gekozen is voor een 'Allianz Plus Neutrale Portefeuille'. Behoudens zich hier niet voordoende uitzonderingen wordt een ieder die zijn handtekening plaatst onder dergelijke stukken geacht de inhoud en de consequenties daarvan te begrijpen en althans voor zijn rekening te nemen. Ook hier geldt dat als onduidelijkheid bestond over de discrepantie tussen het beleggingsprofiel en de modelportefeuille Consument daarover navraag had moeten doen bij Tussenpersoon. Als zij dit niet heeft gedaan, dan is dat voor haar rekening. Ook dit klachtonderdeel faalt derhalve.

5.8. *(iv) info verstrekt aan de Bank*

Consument verwijt Tussenpersoon voorts dat hij niet alle (relevante) informatie heeft verstrekt aan de Bank. Nog daargelaten dat in deze procedure niet is komen vast te staan dat Tussenpersoon heeft nagelaten alle relevante informatie te vertrekken aan de Bank, valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien welk belang Tussenpersoon had bij

het niet verstrekken van deze informatie aan de Bank, zodat uit niets blijkt dat dit verwijt terecht is.

5.9. *(v) bevoegdheid Tussenpersoon*

Consument meent ten slotte dat Tussenpersoon niet bevoegd was om te bemiddelen met betrekking tot de hypotheekrekening. De Commissie verwerpt ook deze stelling. Uit de zich in het dossier bevindende stukken alsmede hetgeen tijdens de mondelinge behandeling door partijen werd verklaard, blijkt dat Tussenpersoon een samenwerkingsovereenkomst is aangegaan met een derde en hij onder verantwoordelijkheid van deze derde bevoegd was te bemiddelen inzake de door Consument afgesloten producten.

5.10. *Slotsom*

Uit het bovenstaande vloeit voort dat de in rechtsoverweging 5.5. – 5.9. behandelde klachtonderdelen ongegrond zijn. Tussenpersoon is wel tekortgeschoten jegens Consument door de passage omtrent de opeisbaarheid van de onderhandse lening over het hoofd te zien. Ook heeft zij in strijd met artikel 7:417 BW jo. 7:427 BW twee partijen gediend. Zoals hierboven reeds vermeld, kan aan laatst genoemde tekortkoming geen te begroten schade worden verbonden. Voor een concrete vaststelling van de omvang van de door Tussenpersoon te vergoeden schade ten gevolge van eerst genoemde tekortkoming moet een vergelijking worden gemaakt tussen de huidige vermogenspositie van Consument en de hypothetische vermogenspositie waarin zij zich zou hebben bevonden indien de aan Tussenpersoon te verwijten tekortkomingen achterwege waren gebleven. Het antwoord op die vraag is evenwel afhankelijk van een groot aantal min of meer onzekere factoren, waardoor de door Tussenpersoon te vergoeden schade niet concreet kan worden vastgesteld. Met inachtneming van alle relevante factoren en gezichtspunten – waaronder de stand van de deels afgeloste onderhandse lening – stelt de Commissie het schadebedrag naar redelijkheid vast op € 6.000,-.

5.11. Nu Consument gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld, komt het klachtgeld tevens voor vergoeding in aanmerking.

6. **Beslissing**

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat Tussenpersoon binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan Consument vergoedt:

- een bedrag van € 6.000,-;
- en een bedrag van € 50,- ter behandeling van het geschil.

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/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld