

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-091
(mr. A.M.T. Wigger, voorzitter en mr. R.P.W. van de Meerakker, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 10 april 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : Air Bird Insurance Adviesgroep B.V., gevestigd te Haarlem, verder te noemen Adviseur
Datum uitspraak : 31 januari 2017
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

De Commissie stelt vast dat Consument uit de gedragingen van Adviseur heeft mogen afleiden dat een adviesrelatie tot stand was gekomen. Die relatie maakt dat Adviseur zich in zijn handelen moet gedragen zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht. Van Adviseur mocht Consument verwachten dat deze voor haar belangen zou waken. Daarvan is in omstandigheden van het geval geen sprake geweest, waardoor Adviseur onrechtmatig jegens Consument gehandeld heeft. De Commissie vermindert de vordering van Consument vanwege medeschuld van Consument en veroordeelt Adviseur tot vergoeding van € 12.500,-.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van Adviseur;
- de repliek van Consument;
- de na de zitting door Consument aanvullend ingestuurde stukken;
- de reactie op de hiervoor bedoelde stukken door de gemachtigde van Adviseur

De Commissie stelt vast dat Adviseur heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 11 oktober 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 In 2014 heeft Consument getracht een woning aan te kopen. Adviseur was bij deze transactie betrokken in de rol van financieel adviseur van de verkopende partij.
- 2.2 Op 11 april 2014 heeft Consument een koopovereenkomst getekend. In deze overeenkomst en de daarop van toepassing zijnde algemene bepalingen is, voor zover hier relevant het volgende opgenomen:

Ontbindende voorwaarden

Artikel 9

Deze koop geschiedt onder de ontbindende voorwaarden, dat:

[...]

b. koper niet uiterlijk 23 mei 2014 een toezegging heeft verkregen van een erkende geldverstrekker instelling voor één of meer geldleningen onder hypothecair verband van het verkochte – eventueel indien de desbetreffende geldgever dat verlangt voor het verstrekken van een zodanige geldlening, onder medeverband van de rechten uit een te sluiten overeenkomst van levensverzekering tot een verzekerd kapitaal na te melden hoofdsom niet te boven gaande – tot een hoofdsom van tenminste **de koopsom ad € 185.000,00 vermeerderd met de verwervingskosten (maximaal 4% van de koopsom) van het verkochte** onder de bij de grote erkende geldverstrekker instellingen normaal geldende voorwaarden en bepalingen niet voor die datum is toegezegd en kop tevens uiterlijk op de eerste werkdag na laatstgemelde datum schriftelijk en gedocumenteerd, door overlegging van twee afwijzende verklaringen van **twee verschillende geldverstrekker instellingen** aan de notaris heeft verklaard, dat hij wegens het niet of niet tijdig verkrijgen van voormelde toezegging(en), deze overeenkomst wil ontbinden [...].

Artikel VI

[...]

2. Indien één van de partijen, na bij deurwaardersexploit in gebreke te zijn gesteld, gedurende acht dagen, na de dag waarop het deurwaardersexploit is uitgebracht, tekortschiet in de nakoming van één of meer van haar verplichtingen – daaronder begrepen het niet tijdig betalen van de waarborgsom of het niet tijdig doen stellen van een correcte bankgarantie – is deze partij in verzuim en heeft de wederpartij de al dan niet subsidiaire keus tussen: [...]

b. de overeenkomst door een schriftelijke verklaring voor ontbonden te verklaren en betaling van een onmiddellijk opeisbare boete te vorderen van tien procent van de koopprijs.

- 2.3 Consument heeft van twee geldverstrekkers een afwijzing ontvangen op haar financieringsaanvraag. De laatste afwijzing dateerde van 11 augustus 2014. Om de koop toch te kunnen laten doorgaan, heeft de verkopende partij aangeboden Consument de benodigde financiering te verstrekken. Consument is daarvoor vervolgens op 13 augustus 2014 benaderd door Adviseur:

Geachte [...],

Wij treden op als de financieel adviseur van [...] de verkoopster. Graag zouden wij met u in contact komen om de mogelijkheden te bespreken voor het alsnog door laten gaan van de levering aan u.

Zou u mij zo spoedig mogelijk willen contacteren op [telefoonnummer].

- 2.4 De termijn voor het kunnen inroepen van de ontbindende voorwaarde werd diverse keren verlengd, de voorlaatste keer tot en met 20 augustus 2014. Consument heeft na een gesprek met Adviseur op 19 augustus 2014 aan hem het volgende bericht gestuurd:

Beste [...],

Na terugkomst van ons bezoek aan jou en de verkopers heb ik alles op een rij gezet en doorberekend. Het financiële kostenplaatje is zodanig dat ik hier niet aan kan voldoen.

Morgenochtend neem ik contact op met mijn notaris en ga ik beroep doen op de ontbindende voorwaarden.

Ik vind het heel jammer voor de verkopende partij, maar het is voor mij niet haalbaar, wat ik ook erg jammer vind. [...]

- 2.5 Adviseur heeft dezelfde dag meerdere e-mails gestuurd aan Consument, waarin Adviseur heeft aangeboden alsnog een poging te wagen een financiering te verkrijgen:

[7:31]

[...] Wij hebben je e-mail ontvangen. Als het mij lukt om [de geldverstrekker] te overtuigen en alsnog je hypotheek “te verhuizen” ben je dan wel bereid om de woning aan te kopen?

Ik wil graag voor je aan de slag gaan omdat door het niet door gaan van deze koop er in totaal drie verhuizingen niet door kunnen gaan en wij nog steeds ervan overtuigd zijn dat je deze woning wenst aan te kopen. Je bent immers niet voor niets al bijna 4 maanden met de financiering bezig.

Zojuist heb ik je even gebeld op je mobiel, ben je in de gelegenheid mij te bellen?

[7:41]

[...] Gisteren hebben we ook kort nog gesproken over nog een alternatieve financierder. Daar is de mogelijkheid om € 45.000,= te lenen. Hier hebben wij ons gisteren en vanochtend vroeg al voor ingezet in de auto op weg naar kantoor.

Ik ben even benieuwd naar welke maandlasten je haalbaar vindt, immers rente en de aflostermijn zijn bepalend voor je maandlasten.

Nogmaals wij willen je heel graag helpen, enerzijds omdat je er zelf wilt wonen en omdat dan ook de andere twee aankopen kunnen doorgaan.

Wil je mij bellen op [telefoonnummer]?

[8:00]

[...] Ik heb ook zojuist [de geldverstrekker] voor je gebeld. Volgens onze accountmanager moeten daar mogelijkheden zijn om de afwijzing te heroverwegen. Geen 100% ja maar het geeft een betere kijk op de hypotheekaanvraag.

Het grote voordeel is dan, dat je wat rente en maandlasten betreft het beste uitkomt.

Wil je mij bellen om dit verder samen op te pakken met [de geldverstrekker]? [...]

- 2.6 De termijn voor de ontbindende voorwaarden werd op 19 augustus 2014 verlengd tot en met 25 augustus 2014.
- 2.7 Op 20 augustus 2014 stuurt Adviseur een bericht aan de beoogde geldverstrekker, met het verzoek een financiering aan Consument te verstrekken. Daarbij zijn alle voor een hypotheekaanvraag benodigde bescheiden van Consument aan geldverstrekker opgestuurd. Vervolgens stuurt Adviseur op donderdag 21 augustus 2014 en vrijdag 22 augustus 2014 bericht aan Consument dat de zaak bij de geldverstrekker in behandeling is. Op 25 augustus 2014 heeft Adviseur aan Consument medegedeeld dat de geldverstrekker de aanvraag afwees.
- 2.8 Consument heeft op 25 augustus 2014 contact gehad met Adviseur. Vervolgens is opnieuw contact gelegd met de verkopende partij om de financiering voor het benodigde bedrag bij de verkopende partij aan te trekken. Tussen Consument en verkopende partij is mondeling een overeenkomst tot stand gekomen voor een hypothecaire financiering. Adviseur heeft op 25 augustus 2014 deze overeenkomst tussen partijen op schrift gesteld en Consument verzocht de overeenkomst te bekrachtigen:

[...]Inzake de tussen beide getekende koopovereenkomst [...] hebben jullie onderling afgesproken dat er tussen beiden een Hypotheek verstrekt wordt van € 42.000,=.

[...] Voor alle duidelijkheid melden wij, dat [Adviseur] op geen enkele wijze advies heeft gegeven over de opzet van deze hypotheekconstructie. Wij hebben enkel over en weer de communicatie begeleid. Hiervoor hebben we dan ook een vergoeding opgenomen op basis van de gemaakte uren.

Wij verzoeken [Consument] deze mail te antwoorden met je akkoord, dan zullen wij de notaris de opdracht geven om de conceptstukken uit te werken. Na beoordeling van de conceptstukken kan er dan een afspraak gemaakt worden voor de daadwerkelijke levering.

- 2.9 Dezelfde dag heeft Consument de e-mail beantwoord en aangegeven “in principe” akkoord te gaan met het verzoek. Daarbij heeft Consument verzocht de kosten voor het werk van Adviseur te delen met de verkopende partij. In een nadere onderhandeling over de prijs heeft Adviseur aangegeven dat deze niet betaald hoeven worden.

2.10 Op 26 augustus 2014 heeft Consument een e-mail gestuurd aan de verkopende partij om de koopovereenkomst te ontbinden:

[...] Het gaat mij financieel niet lukken om de woning [...] te bekostigen. Daarvoor wil ik gebruik maken van de ontbindende voorwaarden waar ik recht op heb tot 12 uur vandaag.

De drie brieven van de banken heb ik verleden week naar jullie op gestuurd en zijn al in jullie bezit.

Graag verneem ik van je voor het ontvangen van dit bericht.

2.11 De verkopende partij heeft een beroep gedaan op de contractuele boete van tien procent van de koopsom, à € 18.500,-. Consument is tot betaling van die boete veroordeeld in een gerechtelijke procedure.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert € 28.000,- schadevergoeding, waarvan € 18.500,- gelegen is in de boeteclausule uit het koopcontract en € 9.500,- kosten zijn voor juridische bijstand in de procedure die tegen de verkopende partij is gevoerd.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Adviseur heeft onrechtmatig gehandeld jegens Consument door in het kader van de behartiging van zijn eigen belangen, die van Consument in ernstige mate te schaden. Onder druk van Adviseur heeft Consument afgezien van haar voorgenomen ontbinding van de koopovereenkomst. Deze druk blijkt onder meer uit het feit dat Adviseur geen genoegen nam met het beroep van Consument op de ontbindende voorwaarden, maar in plaats daarvan met nieuwe voorstellen kwam en aangaf dat een ontbinding van Consument ertoe zou leiden dat drie verhuizingen niet zouden kunnen doorgaan. Dit alles is des te pregnanter omdat Adviseur in feite een adviserende rol innam voor Consument. Vanuit die rol lag het op de weg van Adviseur tenminste in het contact op 25 augustus 2014 dringend te wijzen op de mogelijkheid gebruik te maken van de ontbindende voorwaarde.

Verweer van Adviseur

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

4. Beoordeling

4.1 De Commissie stelt vast dat de vraag moet worden beantwoord of Adviseur onrechtmatig heeft gehandeld jegens Consument. De vraag die beantwoord moet worden, is of Adviseur heeft gehandeld in strijd met de zorgplicht die zij als redelijk handelend en redelijk bekwaam Adviseur jegens Consument in acht te nemen heeft.

- 4.2 De Commissie stelt vast dat tussen partijen een overeenkomst van opdracht tot hypotheekadvies tot stand is gekomen op 19 augustus 2014. Uit de verklaringen en gedragingen van Adviseur vanaf die datum heeft Consument naar het oordeel van de Commissie redelijkerwijs mogen afleiden dat een adviesrelatie tot stand was gekomen (zie Hoge Raad 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, r.ov. 3.6.3). Voor dat oordeel is onder meer van belang dat Adviseur uitdrukkelijk poogde tegemoet te komen aan de wens van Consument de gekochte woning te betrekken, zoals blijkt uit de hiervoor in overweging 2.5 geciteerde e-mails. Daarnaast is van belang dat Adviseur voor Consument contact heeft gelegd met de geldverstrekker. Dat Adviseur nadien heeft verklaard geen advies te hebben gegeven, is van geen belang.
- 4.3 Deze overeenkomst van opdracht legt een zorgplicht op Adviseur, die maakt dat hij zich in zijn handelen jegens Consument moet gedragen zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht (artikel 7:401 Burgerlijk Wetboek (BW)). Uitgangspunt daarbij is dat Adviseur zich de belangen van Consument aantrekt. Met het oog op de adviesrelatie mag worden verwacht dat Adviseur de nodige informatie van en over Consument inwint, Consument zodanig informeert over de risico's van zijn keuze en Consument voldoende duidelijke en juiste informatie verstrekt om hem in staat te stellen een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken om de te geven adviezen al dan niet op te volgen (Geschillencommissie Kifid 2015-020).
- 4.4 Deze zorgplicht mede in aanmerking nemend, oordeelt de Commissie dat Consument, gelet op de vertrouwenspositie die Adviseur ten opzichte van haar innam en de invloed die Adviseur op haar uitoefende, van Adviseur mocht verwachten dat deze voor haar belangen zou waken. De Commissie merkt op dat daarvan in de omstandigheden van het geval geen sprake is geweest. Door zich de belangen van Consument onvoldoende aan te trekken, heeft Adviseur onrechtmatig gehandeld jegens Consument. Uit het klachtdossier volgt, dat Adviseur heeft aangedrongen bij Consument op het verkrijgen van een financiering, terwijl Consument reeds in een eerder stadium de koop wenste te ontbinden. Zonder inmenging van Adviseur was de koopovereenkomst ontbonden en was de boete niet in rekening gebracht.
- 4.5 De schade van Consument die daarmee in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt, is de schade die in zodanig verband staat met het handelen van Adviseur, dat deze schade aan Adviseur als gevolg daarvan kan worden toegerekend (artikel 6:98 BW). Daarbij geldt dat de schade een redelijkerwijs te verwachten gevolg van het handelen van Adviseur moet zijn geweest. De Commissie oordeelt dat daarvan geen sprake is voor wat betreft de gevorderde vergoeding van proceskosten van € 9.500,- voor juridische bijstand in de gerechtelijke procedure tegen de verkopende partij.
- 4.6 De betaalde boete van € 18.500,- komt naar het oordeel van de Commissie wel voor vergoeding in aanmerking, zij het dat de schadevergoeding zal worden gematigd vanwege medeschuld (als bedoel in artikel 6:101 BW) van Consument. Zij had immers ook redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn van de boete die zij vanaf 26 augustus 2014 contractueel verschuldigd zou zijn. De Commissie ziet aanleiding de schadevergoeding te verminderen. In het licht van de gegeven omstandigheden oordeelt de Commissie dat de

plicht van Adviseur om zich vanuit zijn relatie tot Consument om haar belangen te bekommeren, zwaarder weegt dan de verplichtingen van Consument om zelf actie te ondernemen. Ex aequo et bono oordelend stelt de Commissie het door Adviseur te vergoeden bedrag vast op € 12.500,-

5. Beslissing

De Commissie beslist dat Adviseur binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag van € 12.500,-.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

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.