Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-17 d.d. 14 januari 2013
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, mr. W.H.G.A. Filott mpf en mevrouw mr. J.W.M. Lenting, leden en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

Consument heeft zich tezamen met haar echtgenoot, via bemiddeling van haar tussenpersoon, tot de bank gewend voor het verkrijgen van een financiering van een door hun aan te kopen nieuwbouwwoning. De bank heeft een offerte voor een hypothecaire geldlening met een variabel rentetarief uitgebracht en de aanvullende voorwaarde gesteld dat het spaartegoed van Consument als eigen inbreng in een effectendepot aangewend zou worden. Consument en haar echtgenoot zijn de financieringsconstructie vervolgens aangegaan. Een aantal jaren later zijn zij in betalingsmoeilijkheden geraakt waardoor zij zich genoodzaakt zagen de woning te verkopen. Consument heeft vervolgens een klacht bij de bank ingediend over de verstrekte financieringsconstructie. De Commissie is van oordeel dat de bank enkel aanbieder van de constructie is geweest en haar kan daarom geen verwijt worden gemaakt van het verstrekte advies. Ook heeft de Commissie niet kunnen vaststellen dat de hoogte van de hypothecaire geldlening in strijd was met de destijds geldende normen. Op grond van artikel 14 van de gedragscode had de bank op het moment dat er zich betalingsproblemen voordeden wel in dialoog behoren te treden met Consument. Het is de Commissie niet gebleken dat de bank dit heeft gedaan. Dit klemt te meer gezien de aanwezigheid van het effectendepot, welke als basis zou kunnen dienen voor een eventuele betalingsregeling. Gelet op de waarde van het effectendepot en de daartegenover staande relatief lage achterstand, had de bank een passende oplossing kunnen vinden. Te meer nu Consument al haar spaartegoeden diende in te brengen in het effectendepot. Daarom is de bank tekortgeschoten in haar verbintenissen jegens Consument en aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. De Commissie stelt de schade ex aequo et bono vast op € 10.000,-.

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 verzoek tot geschilbeslechting d.d. 26 september 2011;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- de brief na zitting van Aangeslotene van 7 juni 2012; en
- de reactie van Consument daarop van 20 juni 2012.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op vrijdag 25 mei 2012 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Medio 2002 hebben Consument en haar echtgenoot zich via bemiddeling van een tussenpersoon tot Aangeslotene gewend voor het verkrijgen van een financiering van een door hun aan te kopen nieuwbouwwoning. Op 12 juni 2002 heeft Aangeslotene een offerte voor een hypothecaire geldlening van € 370.000,- uitgebracht tegen een variabel rentetarief. In de financieringsconstructie zou Consument een bedrag van € 66.000,- aan eigen middelen inbrengen dat in een effectendepot aangehouden zou worden.

2.2. Omdat het door de tussenpersoon opgegeven inkomen van Consument bij controle te laag bleek heeft Aangeslotene, - mede gelet op de verhouding tussen het bruto jaarinkomen van € 42.000,- van Consument en € 11.000,- van haar echtgenoot, - de financiering alleen willen verstrekken onder de aanvullende voorwaarde dat de eigen inbreng in het effectendepot van Consument verhoogd zou worden van € 66.000,- naar € 78.000,-. Bij brief van 6 augustus 2002 heeft Aangeslotene dit aan Consument bevestigd welke brief door Consument en haar echtgenoot voor akkoord is ondertekend. Bij de beoordeling van de hypotheekaanvraag heeft Aangeslotene een toetsrente van 6% gehanteerd.

2.3. Op 17 september 2002 is de hypotheekakte verleden. In het kader van het aan te houden effectendepot heeft Consument op 25 september 2002 participaties in het ING Obligatiefonds aangekocht ten bedrage van € 77.611,94. Consument heeft hiertoe haar gehele spaartegoed aangewend.

2.4. Vanaf 2006 is de variabele rente van de hypothecaire geldlening gestegen, waardoor Consument in betalingsmoeilijkheden is geraakt. Hierdoor zag Consument zich in 2009 genoodzaakt om de woning te verkopen. Op het moment dat de woning werd verkocht was de betalingsachterstand € 3.900,-. Met de opbrengst van de woning en een gedeelte van de waarde van de verkochte participaties van het ING obligatiefonds - waarvan de waarde gedaald was tot een bedrag van € 55.905,56 - is de bestaande hypothecaire geldlening terugbetaald.

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag € 50.000,-. Dit bedrag bestaat uit het verschil tussen de eerste inleg op het effectendepot en het bedrag dat is overgebleven na verkoop van de woning.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht door geen passend hypotheekadvies aan haar te verstrekken. Tevens stelt Consument - zo verstaat de Commissie - dat sprake is van overkreditering.

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

4. Beoordeling

4.1. Vast staat dat Consument zich in het kader van de financiering van een door haar aan te kopen nieuwbouw woning heeft laten bijstaan door een onafhankelijk financieel adviseur. Tevens staat vast dat het gegeven advies heeft geresulteerd in een hypothecaire financiering door Aangeslotene. Aan de geldlening was een effectendepot gekoppeld, waarop Consument een bedrag van € 78.000,- aan eigen middelen heeft ingebracht. De Commissie zal de verschillende klachtonderdelen van Consument hieronder afzonderlijk behandelen.

4.2. *Onjuist advies Aangeslotene*
Consument stelt zich op het standpunt dat Aangeslotene een onjuist advies aan haar heeft verstrekt. De Commissie overweegt als volgt. Het wezenlijke kenmerk van een advies is dat sprake is van een aanbeveling met betrekking tot een specifiek financieel product, gericht aan een bepaalde consument. Hoewel de exacte inhoud van de destijds gevoerde adviesgesprekken niet gereconstrueerd kan worden, staat niet ter discussie dat het hypotheekadvies door de toenmalig financieel adviseur van Consument is verstrekt. De adviseur heeft in dit kader de rol van bemiddelaar, tevens adviseur, vervuld. Na bemiddeling heeft Aangeslotene vervolgens als hypothecair financier een voorstel aan Consument gedaan, dat zij als wederpartij heeft aanvaard. Omdat Aangeslotene, - zoals ook door haar betoogd - enkel aanbieder is geweest in deze, kan haar naar het oordeel van de Commissie geen verwijt worden gemaakt van het verstrekte advies.

4.3. *Overkreditering*
Voorts stelt Consument dat sprake is van overkreditering. Of sprake is van overkreditering moet worden beoordeeld volgens de destijds geldende maatstaven. De toenmalige wetgeving bevatte geen bepaling over overkreditering. Wel bestond de Gedragscode Hypothecaire Financieringen van 1 maart 2001, waaraan Aangeslotene als lid van de Nederlandse Vereniging van Banken gebonden is (hierna: gedragscode). Ingevolge de gedragscode is een hypothecair financier verplicht bij het bepalen van de lasten van een hypothecaire geldlening uit te gaan van een toetsrente. De toetsrente wordt vastgesteld door het Contactorgaan Hypothecair Financiers op basis van de rente op staatsleningen met een (resterende) looptijd van 10 jaar, vermeerderd met een opslag. De toetsrente was in het desbetreffende kwartaal 6%. De daadwerkelijk door Consument te betalen rente was op het moment van het uitbrengen van de offerte lager dan 6%. De Commissie acht het op basis van het voorgaande aannemelijk dat de door Aangeslotene vastgestelde leencapaciteit niet in strijd is geweest met de destijds geldende normen. De stelling van Consument dat sprake is van overkreditering wordt dan ook verworpen.

4.4. *Zorgplicht*
In dit geval wordt de zorgplicht mede bepaald door de gedragscode. Artikel 14 van de gedragscode bepaalt: "Indien een consument zijn verplichtingen uit hoofde van de hypothecaire

financiering niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt, zal de hypothecair financier in overleg met de consument treden om te bezien of het mogelijk is een redelijke en voor de hypothecair financier en consument acceptabele oplossing te vinden voor de gerezen problemen. (…)" Gelet op deze bepaling had Aangeslotene in dialoog behoren te treden met Consument op het moment dat er zich betalingsproblemen voordeden. Noch op basis van het dossier, noch op basis van hetgeen ter zitting naar voren is gebracht, is het de Commissie gebleken dat Aangeslotene contact met Consument heeft opgenomen in het kader van de ontstane problemen. Een en ander klemt te meer gezien de aanwezigheid van het effectendepot, welke als basis zou kunnen dienen voor een eventuele betalingsregeling. Consument heeft zich vervolgens gedwongen gevoeld haar woning te verkopen, terwijl de achterstand op dat moment € 3.900,- bedroeg. Gelet op de waarde die het effectendepot vertegenwoordigde en de daartegenover staande relatief lage achterstand, is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene onder deze omstandigheden een passende oplossing had kunnen vinden op grond van artikel 14 van de gedragscode. De Commissie neemt hierbij in aanmerking dat Aangeslotene bij het aangaan van de financiering de voorwaarde heeft gesteld dat Consument al haar spaartegoeden diende in te brengen in het effectendepot. Hiermee heeft enerzijds Aangeslotene haar eigen zekerheidspositie versterkt, maar anderzijds had Consument geen enkele financiële buffer meer. Het voorgaande brengt met zich mee dat Aangeslotene is tekortgeschoten in haar verbintenis jegens Consument en aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade.

4.5. *Schade*
Vervolgens dient beoordeeld te worden welke schade Consument hierdoor heeft geleden. De woning had naar het oordeel van de Commissie niet noodzakelijkerwijs verkocht behoeven worden. De kosten die Consument heeft gemaakt in verband met de verkoop van de woning komen dan ook voor toewijzing in aanmerking. Omdat niet meer vast te stellen valt welke kosten Consument in dit kader heeft gemaakt stelt de Commissie de door Aangeslotene te betalen schade ex aequo et bono vast op een bedrag van € 10.000,-. Het verlies op het effectendepot kan naar het oordeel van de Commissie in redelijkheid niet aan de fout van Aangeslotene worden toegerekend, omdat ook bij het vinden van een oplossing volgens de gedragscode gelden uit dit depot hadden moeten worden vrijgemaakt. Daarbij komt dat het verlies zoals dat zich bij de verkoop van de portefeuille heeft gerealiseerd niet het gevolg was van die verkoop, maar van de beslissing van Consument haar gelden te beleggen en van de koersdaling die haar portefeuille na de aankoop had doorgemaakt.

4.6. Omdat Consument gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld, zal Aangeslotene tevens worden veroordeeld tot vergoeding van de door Consument betaalde eigen bijdrage.

5. Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat Aangeslotene binnen vier weken aan Consument een bedrag van € 10.000,- vergoedt, te vermeerderen met het bedrag van € 50,- betaald door Consument als eigen bijdrage voor de behandeling van dit 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.