Niet Bindende Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-21 d.d. 10 januari 2014
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mw. mr. P.M. Arnoldus-Smit en mr. J.Th. Wit, leden, terwijl mw. mr. M. van Pelt als secretaris)

Samenvatting

De echtgenoot van Consument had via Aangeslotene een (kapitaal)beleggingsverzekering met overlijdensrisicodekking alsmede een (lijfrente)beleggingsverzekering met overlijdensrisicodekking afgesloten. Consument en haar echtgenoot sloten daarna via Aangeslotene een hypothecaire lening af bij een bank. Op de rechten uit hoofde van de verzekeringen werd ten behoeve van de bank een pandrecht gevestigd. Consument en haar echtgenoot tekenen enige tijd later een formulier om de hypotheek aflossingsvrij te maken, waardoor de pandrechten op de verzekeringen vervallen en de echtgenoot van Consument de verzekeringen af kon kopen respectievelijk premievrij maken. Enkele maanden laten overlijdt hij.
Nu het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening grote gevolgen voor Consument met zich bracht, mede doordat daardoor het pandrecht op de verzekeringen kon worden opgeheven en de verzekeringen konden worden afgekocht respectievelijk premievrij worden gemaakt, lag het op de weg van Aangeslotene om Consument uitdrukkelijk en in niet mis te verstane woorden op de nadelige aspecten en risico's van het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening te wijzen, zodat Consument in staat werd gesteld een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken om al dan niet de hypothecaire lening aflossingsvrij te maken. Consument zal zoveel mogelijk in de situatie moeten worden gebracht zoals deze zou zijn geweest indien zij niet had getekend voor het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening en de verzekeringen niet waren gewijzigd.

Consument,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VerzekeringsUnie B.V., gevestigd te Zeist, 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;
- de brief met bijlagen van Consument, ontvangen op 1 november 2012;
- het door Consument ondertekende vragenformulier, ontvangen op 4 december 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

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 niet bindend zullen aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 27 september 2013 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
Consument en haar echtgenoot zijn in 1984 in algehele gemeenschap van goederen gehuwd.
In 1998 heeft de echtgenoot via (een rechtsvoorganger van) Aangeslotene een beleggingsverzekering (Variabel InvesteringsPlan) met overlijdensrisicodekking afgesloten (polisnummer [..1..]) bij [X](hierna: de "Verzekeraar"). Het verzekerde overlijdenskapitaal op deze verzekering bedroeg € 68.067,-.
In 2001 heeft de echtgenoot wederom via (een rechtsvoorganger van) Aangeslotene bij de Verzekeraar een beleggingsverzekering afgesloten eveneens met overlijdensrisicodekking (polisnummer[..2..]). Het verzekerde lijfrentekapitaal bij overlijden op deze verzekering bedroeg € 67.613,-.
In 2003 sloten Consument en haar echtgenoot via (een rechtsvoorganger van) Aangeslotene een hypothecaire lening af bij [Y] (rechtsvoorganger van [Z], thans [A], hierna: de "Bank"). De hoofdsom bedroeg € 308.000,-, waarvan € 52.439,00 aflossingsvrij was, € 132.500,- viel onder leningdeel A waarvan aflossing zou geschieden door middel van de beleggingsverzekering met polisnummer [..1..] en € 123.061,- viel onder leningdeel C waarvan aflossing zou geschieden door middel van de beleggingsverzekering met polisnummer [..2..]. Op de rechten uit hoofde van de verzekeringen werd ten behoeve van de bank een pandrecht gevestigd.
In 2006 sloten Consument en haar echtgenoot via Aangeslotene een nieuwe hypothecaire lening af bij de Bank. De hoofdsom bedroeg € 360.000,-, waarvan € 138.572,- aflossingsvrij was, € 44.593,- viel onder leningdeel 2 waarvan aflossing zou geschieden door middel van de beleggingsverzekering met polisnummer [..1..] en € 176.835,- viel onder leningdeel 3 waarvan aflossing zou geschieden door middel van de beleggingsverzekering met polisnummer [..2..]. Op 21 april 2006 werd de hypotheekakte gepasseerd waarin is opgenomen dat de hypotheek is gevestigd op het woonhuis van Consument en haar echtgenoot. Op dezelfde dag werd ook de pandakte ondertekend door Consument en haar echtgenoot. Hierin werden de verzekeringspolissen in pand gegeven aan de Bank tot zekerheid voor de hypothecaire lening.
Op 9 juli 2010 stuurde Aangeslotene aan de Verzekeraar een e-mailbericht met onder meer de volgende inhoud:

"*Verzoek toezending opgaves zie onder*
Onderwerp: Polisnr [..2..] [..1..]
Opgave pv waarde afkoopwaarde
IVM echtscheiding omzetting in aflosvrije Hypotheek
Echtgenoot van Consument (…)
Besproken met adviseur [B] dd 7-7-2010"

Op 16 en 17 juli 2010 tekenden Consument en haar echtgenoot een echtscheidingsconvenant. Hierin is onder meer bepaald dat de echtgenoot in afwachting van de verkoop in de voormalige echtelijke woning zou verblijven onder voldoening van alle daarmee samenhangende lasten. De overwaarde na verkoop zou tussen partijen gelijkelijk worden verdeeld. Over de twee verzekeringen is niets bepaald.

Op 3 augustus 2010 ondertekende de echtgenoot van Consument een formulier voor afkoop van de verzekering onder polisnummer [..1..] en een formulier voor het premievrij maken van de verzekering onder polisnummer [..2..].

Op 11 augustus 2010 werd met ingang van 1 augustus 2010 de verzekering onder polisnummer [..2..] premievrij gemaakt waarbij het verzekerde lijfrentekapitaal bij overlijden werd teruggebracht naar € 12.583,-.

Op 12 augustus 2010 stuurde de Bank een brief aan Aangeslotene, (met als bijlage een brief aan Consument en haar echtgenoot). In de brief aan Aangeslotene staat:

"*Hierbij ontvangt u een kopie van onze brief aan de heer [C] en mevrouw [D]. Wij verzoeken u de inhoud van de brief te bespreken met de klant.*"

In de brief van 12 augustus 2010 van de Bank aan Consument en haar echtgenoot staat:

"*Op 03-08-2010 stuurde u ons het verzoek om de polissen [..1..] en [..2..] af te kopen en daarmee de aflosvorm van uw hypothecaire geldlening [..3..] te wijzigen naar aflossingsvrij.*"

Op 27 augustus 2010 tekenden Consument en haar echtgenoot de overeenkomst van omzetting naar aflossingsvrij. Hierin is opgenomen dat de Bank haar pandrecht opheft voor zover gevestigd op alle rechten voortvloeiende uit de beleggingsverzekeringen onder polisnummers [..1..] en [..2..].

Op 10 september 2010 stuurde de Bank een e-mail naar de Verzekeraar waarin staat:

"*Svp de verpanding van polisnummers [..1..] en [..2..] verwijderen per 01-10-2010.*"

Op 14 september 2010 tekende de echtgenoot nogmaals een wijzigingsformulier voor afkoop van verzekering onder polisnummer [..1..], waarbij werd gevraagd om toestemming van de pandhouder. De Verzekeraar heeft een afkoopwaarde van € 10.034,40 op 1 oktober 2011 uitgekeerd.

Op 29 september 2010 werd de echtscheiding door de Rechtbank te [E] uitgesproken. Deze beschikking werd niet ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

De echtgenoot van Consument is op 25 januari 2011 overleden.

Na het overlijden draagt Consument de hypotheekschuld alleen. Nu de verzekering onder polisnummer [..1..] is afgekocht, wordt op die verzekering geen uitkering meer gedaan. Uit hoofde van de verzekering onder polisnummer [..2..] is na overlijden van de echtgenoot van Consument een lijfrentekapitaal van € 14.806,- aan Consument betaald.

3. De vordering en grondslagen

Consument vordert Aangeslotene te veroordelen tot betaling van:

a. de in 2006 onnodig betaalde afsluitprovisie van € 3.080,- en wettelijke rente daarover ad € 1.133,-;
b. de in 2006 onnodig voor de notaris gemaakte kosten ad € 271,- en wettelijke rente daarover ad € 91,-;

c. de over de twee voornoemde bedragen betaalde hypotheekrente ad € 1.080,- en wettelijke rente daarover ad € 205,-;
d. een uitkering ter grootte van de overlijdensuitkering van € 360.000,- onder aftrek van de premies die voor een dergelijke verzekering verschuldigd zouden zijn geweest ad € 3.420,-;
e. een uitkering ter grootte van de overlijdensuitkering van € 55.030,- uit hoofde van het ten onrechte afgekochte Variabel Investeringsplan (polis [..1..]) onder aftrek van premies ad € 612,- met wettelijke rente ad € 5.093,-;
f. een uitkering ter grootte van de netto-uitkering van lijfrentekapitaal van € 68.067,- minus € 14.806,- is € 53.261,- uit hoofde van de ten onrechte premievrijgemaakte lijfrentebeleggingsverzekering (polis [..2..]);
g. restitutie van de ná het overlijden van de heer [C] geïncasseerde rente en boetes op de hypotheekschuld ad € 15.180,- + € 116,- en de wettelijke rente daarover ad € 1.975,-;
h. vergoeding van buitengerechtelijke kosten bestaande uit een bedrag van € 88.000,- aan rechtsbijstand en € 3.905,- aan externe deskundigenberichten.

Deze vordering steunt kort en zakelijk weergegeven op de volgende grondslagen:

- Aangeslotene is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Consument. Aangeslotene heeft niet gehandeld als redelijk vakbekwaam en redelijk handelend adviseur in het adviestraject rond de omzetting van de hypothecaire lening in 2010 en bij de daaropvolgende afkoop en premievrijmaking van de oorspronkelijk meeverbonden en verpande verzekeringen (artikel 7:401 BW).
- Aangeslotene heeft niet gehandeld als redelijk vakbekwaam en redelijk handelend adviseur in het adviestraject rond de hypotheekverstrekking in 2006.

Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- Consument en haar echtgenoot hebben een scheidingsbemiddelaar, niet zijnde Aangeslotene, in de arm genomen voor hun voorgenomen echtscheiding. Er is een convenant opgesteld. Dat is het document bij uitstek om dit soort zaken te regelen.
- Consument droeg kennis van het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening.
- Het ligt primair op de weg van verzekeringnemer (de echtgenoot) om de begunstigde (Consument) al dan niet te informeren over de wijziging rond de begunstiging.
- Aangeslotene is bij de omzetting niet als tussenpersoon opgetreden. Het onafhankelijk informeren, dan wel adviseren, van Consument achter de rug om van verzekeringnemer (de echtgenoot) bij een verzoek tot afkoop lijkt Aangeslotene onjuist.
- Verzekeringnemer (de echtgenoot) had er gezien zijn situatie (lasten alleen dragen) belang bij de kosten te verlagen.

4. Beoordeling

Gedeeltelijk ontvankelijk

Bij de Commissie kunnen op grond van artikel 27.1 van haar reglement slechts de klachten worden behandeld die eerst bij de Ombudsman aan de orde gesteld zijn. De Commissie

zal zich in dit advies dan ook beperken tot de vraag of Aangeslotene bij de omzetting van de hypothecaire lening in 2010 toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Consument en hoe ver deze zorgplicht reikt.

Zorgplicht

Tussen partijen is niet in geschil dat de rechtsvoorganger van Aangeslotene in opdracht van Consument en haar echtgenoot in 2003 en 2006 heeft geadviseerd bij de verkrijging van een hypothecaire geldlening voor de financiering van hun woonhuis. Aldus is tussen partijen een overeenkomst van opdracht tot stand gekomen. Op grond van artikel 7:401 BW dient Aangeslotene als opdrachtnemer bij de uitvoering van haar werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. In de verhouding tussen Consument en Aangeslotene als deskundig tussenpersoon brengt dit mee dat Aangeslotene bij de uitvoering van haar (advies)werkzaamheden dient te handelen overeenkomstig hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon mag worden verwacht. Van Aangeslotene mag worden verwacht dat zij Consument voldoende duidelijke en juiste informatie verstrekt om haar in staat te stellen een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken om de te geven adviezen al dan niet op te volgen. De gevolgen van die keuze komen vervolgens voor rekening van Consument. Tegen deze achtergrond moet worden beoordeeld of, zoals Consument stelt, Aangeslotene in 2010 toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht.

Voor de beoordeling van het optreden van Aangeslotene is van belang dat Aangeslotene in 2003 en 2006 als tussenpersoon optrad bij het afsluiten van de hypothecaire lening voor Consument en haar echtgenoot en dat, blijkens de offerte en de hypotheekakte uit 2006, de rechten uit hoofde van de verzekeringen onder polisnummers [..1..] en [..2..] ten behoeve van de hypotheekschuld aan de Bank zijn verpand.

Aangeslotene heeft ter zitting verklaard dat indien Consument niet had getekend voor het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening, de verzekeringen niet hadden kunnen worden omgezet; verder is genoegzaam gebleken dat Aangeslotene op 9 juli 2010 en 12 augustus 2010 op de hoogte was van het voornemen van Consument en haar echtgenoot om de hypothecaire lening aflossingsvrij te maken en van het voornemen van de echtgenoot om de aan de hypothecaire lening verbonden verzekeringen te wijzigen.

Nu het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening grote gevolgen voor Consument met zich bracht, mede doordat daardoor het pandrecht op de verzekeringen kon worden opgeheven en de verzekeringen konden worden afgekocht respectievelijk premievrij worden gemaakt, lag het op de weg van Aangeslotene om Consument uitdrukkelijk en in niet mis te verstane woorden op de nadelige aspecten en risico's van het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening te wijzen, zodat Consument in staat werd gesteld een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken om al dan niet de hypothecaire lening aflossingsvrij te maken. Dat Aangeslotene dit heeft gedaan, is echter niet gebleken; zij heeft Consument onvoldoende geïnformeerd over de gevolgen van het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening.

Het voorgaande brengt mee dat als vaststaand moet worden aangenomen dat Aangeslotene Consument niet (afdoende) heeft geïnformeerd over de nadelige aspecten van het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening.

Deze zorgplicht van Aangeslotene gaat evenwel niet zo ver dat Aangeslotene uit eigen beweging een geheel nieuw of ander advies had moeten geven dan in 2003 en 2006 in overleg met Consument en haar echtgenoot tot stand was gekomen. Nu bovendien niet met zekerheid valt vast te stellen hoe Consument zou hebben gehandeld bij een nieuw advies, gaat de Commissie voorbij aan de stelling van Consument dat zij bij een juist advies een overlijdensrisicodekking voor de gehele hypothecaire lening zou hebben afgesloten.

Consument zal zoveel mogelijk in de situatie moeten worden gebracht zoals deze zou zijn geweest indien zij niet had getekend voor het aflossingsvrij maken van de hypothecaire lening en de verzekeringen niet waren gewijzigd.

Schade

Nu de Commissie van oordeel is dat Aangeslotene is tekortgeschoten in haar zorgplicht, is de klacht gedeeltelijk gegrond.

De Commissie komt op grond van artikel 27.1 van haar reglement (zie hiervoor onder punt 0) niet toe aan de behandeling van de in 3.1 onder a tot en met c genoemde bedragen.

Met betrekking tot de onder d tot en met f genoemde bedragen is de Commissie van oordeel dat de gemiste uitkeringen op de verzekeringen onder polisnummers [..1..] en [..2..] kunnen worden toegewezen.

Het komt de Commissie voor dat Consument bij haar vordering abusievelijk de bedragen van de verzekeringen heeft verwisseld. De Commissie stelt de schade naar billijkheid vast op:

-een bedrag van € 57.702,60 (te weten: € 68.067,- minus € 10.034,40 vanwege de gemiste overlijdensuitkering op de verzekering onder polisnummer [..1..], onder aftrek van premies tussen 1 oktober 2010 en 25 januari 2011 à € 83,95 per maand is ongeveer € 330); en

- een bedrag van € 51.657,- (te weten: € 67.613,- minus € 14.806,- vanwege de gemiste lijfrente-uitkering op de verzekering onder polisnummer [..2..], onder aftrek van premies tussen 1 augustus 2010 en 25 januari 2011 à € 200,- per maand is ongeveer € 1.150,-).

De Commissie zal geen belastingcorrectie toepassen op de uitkering van het bedrag aan lijfrentekapitaal, nu dit bedrag ook niet belastingvrij zou zijn uitgekeerd indien de hypothecaire lening niet aflossingsvrij zou zijn gemaakt.

Met betrekking tot het bedrag onder g overweegt de Commissie dat conform artikel 27.1 van haar reglement (zie punt 0) slechts de in de Ombudsfase gevorderde teveel betaalde rente en boetes op de hypotheekschuld vanwege het niet uitgekeerde overlijdenskapitaal, zal worden behandeld.

Dit komt neer op teveel betaalde rente over € 57.702,60 in de periode vanaf 25 januari 2011 tot 25 januari 2014. De rente zoals opgenomen in de overeenkomst van omzetting naar aflossingsvrij is 4,3% voor alle leningdelen. Dit resulteert in een rentebedrag door de Commissie geschat op: 4,3% jaarrente over € 57.702,60 maal 3 jaar = € 7.443,64.

De lijfrente-uitkering zou in de situatie waarin de verzekering niet zou zijn afgekocht niet direct van de hypotheekschuld worden afgetrokken, omdat het een uitkering in

(lijfrente)termijnen betreft. De omstandigheid dat deze verzekering wel verpand was (los van de vraag of dit wel of niet verboden is) geeft aan dat Consument de lijfrenteuitkering had willen gebruiken voor de aflossing van de hypotheek. De Commissie is derhalve van oordeel dat ook de teveel betaalde hypotheekrente ten aanzien van deze lijfrentetermijnen moet worden vergoed. De Commissie schat op basis van de door Consument genoemde en onweersproken gebleven lijfrente-uitkering per maand het rentebedrag naar billijkheid op 4,3% jaarrente over € 122,- lijfrente-uitkering per maand maal 3 jaar = € 298,-.

Bovendien wijst de Commissie een bedrag van € 116,- toe op basis van de door Consument genoemde en onweersproken gebleven boetes die voor de te late betaling van de hypotheekrente in rekening zijn gebracht.

Ten aanzien van de door Consument gevorderde, en niet door Aangeslotene betwiste, wettelijke rente, wijst de Commissie de wettelijke rente toe over de teveel betaalde hypotheekrente en boetes en neemt daarvoor redelijkerwijs als uitgangspunt de datum van elke betaalde hypotheekrentetermijn. De verder gevorderde wettelijke rente wijst de Commissie af, nu de Commissie is uitgegaan van een werkelijke schadeberekening.

Kosten voor juridische bijstand

Op grond van artikel 40.9 van het Reglement heeft Consument recht op een proceskostenvergoeding nu zij dit heeft gevorderd. De Commissie begroot die kosten op drie punten volgens het Liquidatietarief Rechtbanken en Gerechtshoven. Ingevolge het in het reglement van de Commissie gestelde maximum wordt het door Aangeslotene te vergoeden bedrag aan proceskosten evenwel beperkt tot € 5.000,-. Als in het ongelijk gestelde partij dient Aangeslotene tevens de kosten voor het aanbrengen van het geschil ad € 50,- aan Consument te vergoeden.

Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

5. Beslissing

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

- een bedrag van € 57.702,60 en een bedrag van € 51.657,- aan schadevergoeding;
- een bedrag van € 7.443,64 en een bedrag van € 298,- aan teveel betaalde hypotheekrente en een bedrag van € 116,- aan betaalde boetes, met daarover rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf elke betaalde hypotheekrentetermijn respectievelijk boete tot aan de dag van algehele voldoening;
- een bedrag van € 5.000,- aan kosten van juridische bijstand;
- een bedrag van € 50,-, als eigen bijdrage van Consument 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.