Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-880
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mr. A.P. Luitingh, mr. J. van der Groen, leden en mr. S. Brugts, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 21 januari 2019
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Assurantiekantoor Groot, gevestigd te Voorschoten, verder te noemen de Adviseur
Datum uitspraak	: 5 november 2019
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Consumenten hebben zich in 2014 in verband met de financiering van de aankoop van een woning tot de Adviseur gewend. De Adviseur heeft Consumenten geadviseerd, waarna de Bank Consumenten op 2 februari 2015 overeenkomstig het hypotheekadvies een offerte voor een hypothecaire geldlening heeft verstrekt. Consumenten hebben de hypotheekofferte op 13 februari 2015 voor akkoord ondertekend, waarna de hypothecaire geldlening aan hen is verstrekt. Consumenten hebben op 13 juni 2018 voor het eerst bij de Adviseur geklaagd over het hypotheekadvies. De Commissie oordeelt dat Consumenten niet 'binnen bekwame tijd' als bedoeld in artikel 6:89 BW bij de Adviseur hebben geklaagd en dat de klacht niet behandelbaar is.

1. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- de aanvullende stukken van Consument;
- het verweerschrift van de Adviseur;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Adviseur.

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

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 22 oktober 2019 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 In 2014 hebben Consument en zijn echtgenote zich in verband met de financiering van de aankoop van een woning (hierna: de Woning) tot de Adviseur gewend. De Adviseur heeft Consument en zijn echtgenote geadviseerd om een hypothecaire geldlening van € 202.500,- af te sluiten bij een kredietverstrekker (hierna: Bank 1).

2.2 Op 2 februari 2015 heeft Bank 1 Consument en zijn echtgenote een offerte voor een hypothecaire geldlening van € 202.500,- verstrekt. De geoffreerde hypothecaire geldlening bestond uit twee leningdelen, te weten een aflossingsvrij leningdeel van € 62.500,- met een rentevastperiode van tien jaar tegen 2,95% per jaar en een annuïtair leningdeel van € 140.000,- met een rentevastperiode van 10 jaar tegen 2,95% per jaar. De looptijd van de geoffreerde hypothecaire geldlening bedroeg dertig jaar.

2.3 Op 13 februari 2015 hebben Consument en zijn echtgenote de hypotheekofferte voor akkoord ondertekend. Op diezelfde dag heeft Bank 1 de hypothecaire geldlening aan Consument en zijn echtgenote verstrekt.

2.4 Op 2 maart 2015 heeft de Adviseur aan Consument en zijn echtgenote een e-mail gestuurd. Hierin staat voor zover relevant:

"(…)

In de bijlage heb ik 2 berekeningen voor je om nu te zien wat het verschil is met banksparen en annuïteiten.
(…)

(…)

Wat je ziet is dat de bruto maandlast en netto maandlast bij berekening 1 iets hoger zijn de eerste jaren.
Na 19 jaar is in berekening 1 het bankspaardeel klaar en in berekening 2 het annuïteiten deel.
In berekening 1 heb je dan alleen nog het aflosvrije deel. In berekening 2 heb je dan het aflosvrije deel plus het annuïteiten deel. Na 19 jaar heeft berekening 2 een wat hogere maandlast.

(…)

De keuze voor annuïteiten bij [naam Bank 1] is in deze dus geen verkeerde geweest.

(…)"

2.5 Op 13 april 2018 heeft de Deskundige aan Consument en zijn echtgenote een brief gestuurd. Hierin staat voor zover relevant:

"(…)
Op 2 maart 2015 komt er een e-mail van [voornaam voormalig medewerker van de Adviseur] met een vergelijking tussen wat er had gekund, de bankspaarhypotheek, en wat er nu is gesloten en hij komt tot de conclusie dat de huidige hypotheek de meest voordelige variant is en dat alles nu alsnog positief heeft uitgepakt voor jullie. Toch bleef het kriebelen bij jullie en hebben jullie vervolgens mij ingeschakeld om nog een keer een review te doen van wat er nu feitelijk is gebeurd.

(…)

Naar aanleiding van het hele traject, wat nogal hectisch was voor [voornaam Consument en voornaam van zijn echtgenote], uit [voornaam Consument] nadat alles is afgerond zijn twijfels over het hele traject en of alles nu wel helemaal goed is gegaan. In de review die [voornaam voormalig medewerker van de Adviseur] op verzoek doet via de e-mail van 2-3-2015, wordt er een berekening gepresenteerd die niet de werkelijke gevolgen van de gemaakte fouten weergeeft. (…)

(…)"

2.6 Op 13 juni 2018 hebben Consument en zijn echtgenote bij de Adviseur een klacht ingediend over haar hypotheekadvies uit 2014.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert dat de Adviseur wordt veroordeeld om aan Consument en zijn echtgenote een schadevergoeding van € 47.916,- te betalen.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. De Commissie begrijpt dat Consument zich op het standpunt heeft gesteld dat de Adviseur toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens Consument en zijn echtgenote. In het hypotheekadviestraject heeft de Adviseur fouten gemaakt. Daardoor hebben Consument en zijn echtgenote schade geleden, die de Adviseur moet vergoeden. Daartoe heeft Consument de volgende argumenten aangevoerd:

- Regelmatig zijn uiterste termijnen overschreden. Ook de juridische levering bij de notaris heeft vertraging opgelopen.
- De Adviseur heeft verzuimd de hypotheekofferte vóór 1 januari 2015 aan te vragen.

Op grond van de toepasselijke wet- en regelgeving hadden Consument en zijn echtgenote in 2014 nog 104% van de marktwaarde van de Woning mogen lenen. In 2015 was dat nog maar 103%. Verder zijn de inkomensnormen in 2015 in het nadeel van Consument en zijn echtgenote aangescherpt. Indien de Adviseur de hypotheekofferte voor 1 januari 2015 had aangevraagd, hadden Consument en zijn echtgenote nog kunnen profiteren van de normen uit 2014. Nu hebben Consument en zijn echtgenote meer eigen geld moeten inbrengen.

- In het hypotheekadvies heeft de Adviseur geen of onvoldoende rekening gehouden met de mogelijkheid voor Consument en zijn echtgenote om het spaarleningdeel van een eerder afgesloten hypothecaire geldlening bij een andere kredietverstrekker (hierna: Bank 2) fiscaal geruisloos voort te zetten.
- In het hypotheekadvies heeft de Adviseur een verkeerde maandlast gepresenteerd. De Adviseur heeft de inleg van de bankspaarrekening van de eerder afgesloten hypothecaire geldlening bij Bank 2 te hoog ingeschat waardoor het lijkt alsof de hypothecaire geldlening van Bank 1 goedkoper is, wat niet het geval is.
- De Deskundige heeft de netto maandlasten van de hypothecaire geldlening die Bank 1 aan Consument en zijn echtgenote heeft verstrekt, vergeleken met de netto maandlasten van een hypothecaire geldlening waarbij wél rekening is gehouden met het fiscaal geruisloos voortzetten van het bankspaarleningdeel. De Deskundige heeft dit verschil becijferd op € 47.916,-.

Verweer van de Adviseur

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

4. Beoordeling

4.1 De klacht van Consument draait in de kern om de vraag of de Adviseur toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens Consument en zijn echtgenote. Als meest verstrekkende verweer heeft de Adviseur zich echter op het standpunt gesteld dat Consument geen beroep meer kan doen op het gestelde gebrek in het hypotheekadvies van de Adviseur, omdat Consument en zijn echtgenote niet ‘binnen bekwame tijd’ nadat zij dit gebrek hadden ontdekt of redelijkerwijze hadden moeten ontdekken, bij de Adviseur hebben geprotesteerd. Alvorens toe te komen aan een inhoudelijke beoordeling van het geschil, zal de Commissie dus eerst moeten onderzoeken of dit (formele) verweer van de Adviseur slaagt.

Wat is het juridische kader voor een geslaagd beroep op de klachtplicht?

4.2 Volgens artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) kan een schuldeiser (in het onderhavige geval Consument) op een gebrek in een prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet *binnen bekwame tijd* nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar (in het onderhavige geval de Adviseur) heeft geklaagd. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dient bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende klachtplicht acht te worden geslagen op alle relevante omstandigheden van het geval. Daarbij is ook van belang of de schuldenaar (de Adviseur) *nadeel* lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser (Consument) heeft geklaagd. Verder dient in dit verband rekening te worden gehouden met enerzijds het voor de schuldeiser (Consument) ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld – te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar (Adviseur) is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn *bewijspositie* of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te *beperken*. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend (zie HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615 en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600).

Hebben Consument en zijn echtgenote 'binnen bekwame tijd' bij de Adviseur geprotesteerd?

4.3 Na afweging van de wederzijdse belangen van partijen hebben Consument en zijn echtgenote naar het oordeel van de Commissie niet 'binnen bekwame tijd' nadat zij een gebrek in het hypotheekadvies hadden ontdekt of redelijkerwijze hadden moeten ontdekken, bij de Adviseur geprotesteerd. Daarvoor is het volgende redengevend. Vaststaat dat Consument en zijn echtgenote op 13 juni 2018 bij de Adviseur een klacht hebben ingediend over het hypotheekadvies van de Adviseur. Voor de Commissie is echter in voldoende mate komen vast te staan dat bij Consument en zijn echtgenote kort na het verstrekken door Bank 1 van de hypothecaire geldlening (kort na 13 februari 2015) al vragen zijn gerezen of moeten zijn gerezen of zij de juiste keuze hadden gemaakt met de verstrekte hypothecaire geldlening. Vaststaat immers dat de Adviseur op 2 maart 2015 aan Consumenten een e-mail heeft gestuurd waarin de Adviseur heeft onderbouwd waarom de keuze voor de verstrekte hypothecaire geldlening de juiste was. Mede naar aanleiding van het verhandelde ter zitting is voor de Commissie in voldoende mate komen vast te staan dat de Adviseur deze e-mail niet op eigen initiatief heeft gestuurd, maar naar aanleiding van vragen van Consument en zijn echtgenote aan de Adviseur. Daarenboven is het zo dat de Deskundige in zijn brief van 13 april 2018 aan Consument en zijn echtgenote, hiervoor opgenomen onder 2.5, heeft geschreven dat nadat het adviestraject was afgerond bij Consument en zijn echtgenote twijfels waren ontstaan over het hele adviestraject en of alles nu wel helemaal goed was gegaan.

Naar het oordeel van de Commissie was de afronding van het adviestraject op 2 maart 2015 het moment waarop Consument en zijn echtgenote een eventueel gebrek in het hypotheekadvies van de Adviseur hadden ontdekt of redelijkerwijze hadden moeten ontdekken. Ook hadden Consument en zijn echtgenote toen niet eerst ruim drie jaar moeten wachten met klagen, maar was dát het moment waarop zij bij de Adviseur hadden moeten protesteren over het verstrekte hypotheekadvies. Nu Consument niet heeft gesteld en uit de overgelegde stukken ook niet kan worden afgeleid dat Consument en zijn echtgenote tussen 2 maart 2015 en 13 juni 2018 bij de Adviseur hebben geklaagd over het hypotheekadvies, hebben Consument en zijn echtgenote naar het oordeel van de Commissie niet binnen bekwame tijd als bedoeld in artikel 6:89 BW bij de Adviseur geprotesteerd. Bij dat oordeel heeft de Commissie het tijdsverloop van ruim drie jaar in aanmerking genomen, maar ook de omstandigheid dat de Adviseur als gevolg van het late klagen door Consument en zijn echtgenote in haar belangen is geschaad. Ter zitting heeft de Adviseur immers onweersproken verklaard dat de medewerker die Consument en zijn echtgenote destijds heeft geadviseerd, niet meer bij haar in dienst is. Dat heeft erin geresulteerd dat de Adviseur in haar bewijspositie is benadeeld omdat zij deze voormalige medewerker niet meer heeft kunnen vragen hoe het adviestraject destijds precies is verlopen. Verder heeft de Adviseur ter zitting onweersproken toegelicht dat zij als gevolg van het late klagen door Consument en zijn echtgenote niet de gelegenheid heeft gehad om de gevolgen van de eventuele tekortkoming te beperken.

Conclusie

4.4 De conclusie is dat het beroep van de Adviseur op artikel 6:89 BW slaagt en dat de Commissie de klacht van Consument niet inhoudelijk kan behandelen.

5. Beslissing

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

In artikel 2 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/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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 40 van het Reglement.