

Einduitspraak Commissie van Beroep Kifid nr. 2024-0008

mr. C.A. Joustra, voorzitter, J.C.H. Kars AAG CERA, mr. R.J.F. Thiessen,
F.R. Valkenburg AAG RBA, mr. J. Willeumier, leden en mr. H.C. Dobbelaar-ten
Cate, secretaris

Datum uitspraak	17 januari 2024
Beroep ingediend door	De consument
Tegen	Verbrugge Financieel Advies B.V., gevestigd te Raamsdonkveer, hierna te noemen de tussenpersoon
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Beroep gegrond

Samenvatting

Zorgplicht, execution only, overlijdensrisicoverzekering. De tussenpersoon heeft op basis van execution only dienstverlening de overlijdensrisicoverzekering van de inmiddels overleden partner van de consument overgesloten. Volgens de consument heeft de tussenpersoon hierbij haar zorgplicht geschonden door niet te wijzen op de noodzaak van (advies over) een partnerverklaring. Anders dan de Geschillencommissie acht de Commissie van Beroep deze klacht gegrond. De Commissie van Beroep wijst de gevorderde schadevergoeding vrijwel volledig toe.

1. De procedure in beroep

- 1.1 De Commissie van Beroep heeft op 6 maart 2023 tussenuitspraak gedaan (gepubliceerd onder nummer 2023-0012).
- 1.2 Hierop heeft de consument bij brief van 14 april 2023 (met bijlagen) een nadere toelichting gegeven op de door haar geleden schade.
- 1.3 Vervolgens heeft de tussenpersoon bij brief van 30 mei 2023 (met bijlagen) gereageerd.
- 1.4 De consument heeft vervolgens bij brief van 14 juli 2023 een nadere reactie gegeven.

2. De verdere beoordeling van het beroep

Het verzoek van de tussenpersoon om herziening van de tussenuitspraak en/of afwijzing van de vordering van de consument

- 2.1 In de tussenuitspraak heeft de Commissie van Beroep over de aansprakelijkheid van de tussenpersoon het volgende geoordeeld. De tussenpersoon is tekortgeschoten in de dienstverlening door niet aan de orde te stellen dat de consument en [naam 1] de dienstverlening zouden kunnen opschalen in verband met de financiële positie van de consument in het geval [naam 1] zou komen te overlijden. Een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon had in dat geval de ondertekening van een partnerverklaring behoren te adviseren. Nu dit is nagelaten, is de tussenpersoon aansprakelijk voor de schade die de consument heeft geleden als gevolg van deze nalatigheid.

- 2.2 De tussenpersoon heeft verzocht om herziening van de tussenuitspraak en afwijzing van de vordering van de consument. Dit verzoek heeft betrekking op de kwestie of [naam 1] destijds – ten tijde van het afsluiten van de overlijdensrisicoverzekering – een partnerverklaring zou hebben gewild. De Commissie van Beroep heeft daarover in de tussenuitspraak geoordeeld dat het voor risico van de tussenpersoon komt dat achteraf niet meer met zekerheid is vast te stellen welke keuze [naam 1] zou hebben gemaakt, omdat deze situatie het gevolg is van nalatigheid van de tussenpersoon. Verder heeft de Commissie van Beroep van belang geacht dat de consument en [naam 1] in 2014 een overlijdensrisicoverzekering op beide levens hebben gesloten, omdat daaruit volgt dat zij het belangrijk vonden dat de woning zou kunnen worden behouden als één van beiden zou komen te overlijden. De Commissie van Beroep heeft overwogen dat dit wijst op een wens van [naam 1] of een door hem gevoelde verplichting jegens de consument, de moeder van zijn kinderen, om haar in de gelegenheid te stellen zo lang als gewenst in de woning te blijven wonen indien hij vroegtijdig zou komen te overlijden. Dat zou met behulp van de partnerverklaring bereikt kunnen worden.
- 2.3 De tussenpersoon heeft aan haar herzieningsverzoek het volgende ten grondslag gelegd. Het is de tussenpersoon inmiddels duidelijk geworden dat – anders dan de consument heeft voorgespiegeld – [naam 1] wél een testament heeft laten opmaken. Uit dat testament, dat is opgemaakt op 12 september 2007, volgt dat de zus van [naam 1] de enige erfgenaam was. De zus heeft de nalatenschap op 17 mei 2019 verworpen, waardoor de kinderen alsnog als erfgenamen tot de nalatenschap gerechtigd zijn. Uit dit alles volgt dat het de wens van [naam 1] was dat zijn zus de woning zou erven. Indien hij dit anders had gewild, zou hij het testament wel hebben laten aanpassen. Omdat de consument het bestaan van het testament willens en wetens heeft achtergehouden, vordert de tussenpersoon herroeping/herziening van de tussenuitspraak. Verder doet zij een beroep op art. 21 Rv: nu de consument relevante informatie heeft achtergehouden, zou dat aanleiding moeten zijn de vordering van de consument af te wijzen, aldus de tussenpersoon.
- 2.4 De consument heeft hierop als volgt gereageerd. Volgens haar was het bestaan van dit testament destijds (vlak na het overlijden van [naam 1]) een volslagen verrassing voor iedereen, inclusief de zus van [naam 1]. De consument neemt aan dat [naam 1] het testament heeft laten opmaken vlak na de relatiebreuk met zijn voormalige partner. Zij acht het goed mogelijk dat hij het bestaan van het testament later is vergeten. Het is in ieder geval niet zo dat [naam 1] de wens zou hebben gehad dat zijn zus alles zou erven ten koste van zijn eigen kinderen. De consument heeft in deze procedure geen aandacht meer besteed aan het testament, omdat de zus onmiddellijk na ontdekking ervan afstand heeft gedaan. Daarmee was het testament in de ogen van de consument niet langer relevant.
- 2.5 De Commissie van Beroep overweegt als volgt. Vooropgesteld wordt dat het uit het oogpunt van informatievoorziening beter was geweest als de consument – die in deze procedure wordt bijgestaan door een advocaat – het bestaan van het testament wel had gemeld. Dat zij dit heeft nagelaten, betekent echter niet zonder meer dat haar vordering moet worden afgewezen op grond van art. 21 Rv. Deze wetsbepaling houdt in dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren; wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Toegepast in deze Kifid-procedure kan de Commissie van Beroep gevolgen verbinden aan het niet naleven van de verplichting van art. 21 Rv. Hieronder zal worden beoordeeld of de nieuwe feiten van invloed zijn op het oordeel van

de Commissie van Beroep. Als gezegd, is in de tussenuitspraak geoordeeld dat de (op dat moment bekende) omstandigheden duiden op een wens van [naam 1] of een door hem gevoelde verplichting jegens de consument om haar in de gelegenheid te stellen zo lang als gewenst in de woning te blijven wonen indien hij vroegtijdig zou komen te overlijden.

- 2.6 De Commissie van Beroep stelt allereerst vast dat het testament, dat dateert uit 2007, is opgemaakt ongeveer drie jaar voordat [naam 1] de woning kocht en is gaan samenwonen met de consument. Het testament dateert ook van voor de komst van de kinderen. Ten tijde van het opstellen van het testament heeft [naam 1] met deze ontwikkelingen in zijn leven dus geen rekening kunnen houden. [naam 1] heeft het bestaan van het testament klaarblijkelijk niet bij de tussenpersoon ter sprake gebracht ten tijde van het sluiten van de overlijdensrisicoverzekering in 2014. Het feit dat de overlijdensrisicoverzekering is afgesloten op beide levens, duidt erop dat bij [naam 1] en de consument over en weer de wens bestond elkaar verzorgd achter te laten. Verder is er evenmin enige aanleiding om te veronderstellen dat bij [naam 1] de wens bestond om zijn kinderen te benadelen door zijn zus als enig erfgenaam te benoemen. Het lijkt er veeleer op dat [naam 1] het bestaan van het testament volledig was vergeten en zich na de geboorte van de kinderen en ten tijde van het afsluiten van de overlijdensrisicoverzekering niet heeft gerealiseerd dat zijn zus nog steeds als enig erfgenaam was aangewezen.
- 2.7 Kortom, de Commissie van Beroep blijft bij de beslissing in de tussenuitspraak dat voldoende is gebleken van een wens van [naam 1] of een door hem gevoelde verplichting jegens de consument om haar in de gelegenheid te stellen zo lang als gewenst in de woning te blijven wonen indien hij vroegtijdig zou komen te overlijden. Wanneer er een partnerverklaring was opgesteld (en het testament zou zijn herroepen), zou de – alleszins gebruikelijke – situatie hebben kunnen ontstaan waarin de consument de eigenaar van de woning zou zijn, welke woning de kinderen na haar overlijden zouden kunnen erven. Dit brengt mee dat de Commissie van Beroep blijft bij het oordeel dat de tussenpersoon tekort is geschoten door niet aan de orde te stellen dat de consument en [naam 1] de dienstverlening zouden kunnen opschalen in verband met de financiële positie van de consument in het geval [naam 1] zou komen te overlijden. Nu dit is nagelaten, is de tussenpersoon aansprakelijk voor de schade die de consument heeft geleden als gevolg van deze nalatigheid.

Nadere toelichting van partijen over de vraag of de consument de woning had kunnen kopen

- 2.8 In de tussenuitspraak heeft de Commissie van Beroep geoordeeld dat de te vergoeden schade moet worden begroot door een vergelijking te maken tussen de werkelijke situatie waarin de consument zich nu bevindt, en de hypothetische situatie waarin zij zich zou hebben bevonden indien er een partnerverklaring was ondertekend.
- 2.9 De tussenpersoon heeft aangevoerd dat in de hypothetische situatie waarin er wel een partnerverklaring zou zijn ondertekend, onzeker is of de consument haar plan om de woning van de kinderen over te nemen, daadwerkelijk ten uitvoer had kunnen leggen. Dit omdat de kantonrechter toestemming zou moeten geven voor deze transactie, de consument financiering zou moeten krijgen voor de overname van de woning en er mogelijk een probleem zou zijn met de tweede hypotheek van Stichting [naam 2]. In de tussenuitspraak heeft de Commissie van Beroep de consument in de gelegenheid gesteld te reageren.

2.10 De consument heeft gesteld dat zij na het overlijden van [naam 1] al het nodige in gang had gezet om de woning van de kinderen te kopen, toen zij ontdekte dat de benodigde partnerverklaring ontbrak.

- Er was in opdracht van de Stichting [naam 2] een taxatierapport uitgebracht waaruit bleek dat de waarde van de woning € 250.000,- bedroeg.
- Er is een koopovereenkomst opgesteld, waarin de kinderen de woning voor dat bedrag aan de consument zouden verkopen. In overleg met [naam 2] zouden de kinderen de 'Slimmer-Kopen regeling' kunnen afkopen voor € 69.000,-.
- Ten behoeve van de consument was er een nieuwe hypothecaire lening van € 105.000,- aangevraagd. Zij heeft daarop een voorlopig renteaanbod van Hypotruster ontvangen dat zij heeft ondertekend en teruggestuurd. De consument had overigens waarschijnlijk ook een hypothecaire lening van € 110.000,- kunnen krijgen.

De consument heeft deze stellingen onderbouwd met stukken. De consument acht het aannemelijk dat de kantonrechter toestemming zou hebben verleend voor de transactie tussen de consument en de kinderen, omdat de kinderen hierdoor niet in hun belangen zouden zijn geschaad. Nadat verrekening van haar vordering van € 160.000,- op de kinderen, zou de consument het restant van de koopprijs (€ 90.000,-) hebben voldaan uit de door haar afgesloten lening. De kinderen zouden met dit bedrag gemakkelijk het afkoopbedrag aan [naam 2] hebben kunnen betalen.

2.11 De tussenpersoon heeft de stellingen van de consument betwist. Zij heeft aangevoerd dat het onzeker is of de kinderen en de zus van [naam 1] hadden willen meewerken aan deze constructie. Naar het oordeel van de Commissie van Beroep is er onvoldoende aanleiding om te veronderstellen dat de zus van [naam 1] géén afstand van de nalatenschap had gedaan, als zij had geweten dat de consument de woning van de kinderen wilde kopen. De tussenpersoon heeft onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd om die conclusie te kunnen trekken.

2.12 Verder heeft de tussenpersoon aangevoerd dat het onzeker is of de kantonrechter de verkoop zou hebben goedgekeurd omdat de verkoop niet in het belang van de kinderen zou zijn geweest. Zo zouden de kinderen door de verkoop de mogelijke waardevermeerdering van de woning mislopen. Verder is de tussenpersoon van mening dat de afkoop van [naam 2] voor een bedrag van € 69.000,- niet in het belang van de kinderen zou zijn wanneer de kinderen dit bedrag aan [naam 2] moeten voldoen. Ook op die grond is de tussenpersoon van mening dat de kantonrechter toestemming zou hebben onthouden. De tussenpersoon acht het in ieder geval aannemelijk dat de consument het afkoopbedrag van € 69.000,- voor haar rekening had moeten nemen, wat zij op basis van haar inkomen vermoedelijk niet had gekund.

2.13 De Commissie van Beroep is er niet van overtuigd dat de voorgenomen transactie niet in het belang van de kinderen zou zijn. Zo miskent de tussenpersoon dat de kinderen, als zij eigenaar van de woning zijn, (formeel) ook de vaste lasten en de onderhoudskosten behoren te dragen hoewel zij (voor zover bekend) niet over een relevant eigen inkomen of vermogen beschikken. Het is dan ook niet zeker dat het in strijd met de belangen van de kinderen zou zijn als de consument de woning (tegen een reële koopprijs) zou overnemen.

2.14 Wat betreft de afkoop van [naam 2] geldt het volgende. Toen [naam 1] de woning in 2010 van de woningcorporatie kocht, is overeengekomen dat hij de woning niet aan een derde mocht verkopen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de verkoper. In de

eerdere processtukken werd ervan uitgegaan dat [naam 1] een tweede hypotheek ten behoeve van [naam 2] had gevestigd, maar dat blijkt niet uit de thans overgelegde stukken.

- 2.15 De kinderen – als rechtsopvolgers van [naam 1] – zijn na het overlijden van [naam 1] met [naam 2] overeengekomen (kort gezegd) dat als de consument de woning zou kopen, [naam 2] afstand zou doen van al haar rechten tegen betaling van een bedrag van € 69.000,-. Wanneer de consument – in de hypothetische situatie – de woning daadwerkelijk van de kinderen zou hebben gekocht, zijn het de kinderen die de afkoopsom aan [naam 2] moeten betalen. De stelling van de tussenpersoon dat de consument de afkoopsom zou moeten betalen en dat zij dus een hypothecaire lening van € 174.000,- (€ 105.000,- plus € 69.000,-) zou moeten afsluiten, is dus niet juist.
- 2.16 In de hypothetische situatie zou de consument een vordering op de kinderen hebben gehad. Als de kinderen in dat geval de woning aan de consument hadden verkocht, zou het kunnen dat zij in een slechtere financiële situatie terecht zouden komen omdat zij de rechten van [naam 2] hadden moeten afkopen. Daar staat echter tegenover dat de kinderen na afkoop nog steeds een bedrag van € 21.000,- over zouden hebben (€ 250.000,- (koop prijs) minus € 160.000,- (vordering van de consument) minus € 69.000,- (vordering van [naam 2])). Kortom, het is denkbaar dat de door de consument voorgestelde constructie in het nadeel van de kinderen – en dus niet in hun belang – zou zijn geweest, maar zeker is dat niet.
- 2.17 De conclusie is dat het niet zeker is dat de kantonrechter (in de hypothetische situatie) de voorgenomen transactie tussen de moeder en de kinderen zou hebben geweigerd op de grond dat de transactie in strijd met de belangen van de kinderen is. Maar ook als dat het geval zou zijn geweest, dan kan dat de tussenpersoon niet baten. Wanneer de transactie niet was goedgekeurd, was daarvan slechts het gevolg geweest dat de consument geen eigenaar van de woning had kunnen worden. In dat (hypothetische) geval had zij echter nog steeds de verzekeringspenningen ontvangen en had zij een vordering op haar kinderen gehad omdat de verzekeringspenningen zouden zijn gebruikt ter aflossing van de hypotheek.
- 2.18 Over de omvang van de schade overweegt de Commissie van Beroep het volgende.
- 2.19 De consument heeft aangevoerd dat zij in de hypothetische situatie een vordering van € 160.000,- op haar kinderen had gehad. Verder heeft zij aangevoerd dat zij in dat geval de woning van de kinderen had kunnen kopen tegen – kort gezegd – het wegstrepen van de schuld van de kinderen plus het afsluiten van een aanvullende hypothecaire geldlening van € 105.000,-. In de werkelijke situatie heeft zij zich de rente over deze aanvullende lening en de eenmalige kosten voor het afsluiten van die lening en de aankoop van de woning kunnen besparen.
- 2.20 De tussenpersoon heeft aangevoerd dat de consument in de werkelijke situatie geen rente en aflossing hoeft te betalen omdat de hypothecaire lening volledig is afgelost. Zij hoeft evenmin vaste lasten te betalen (zoals verzekeringen en belastingen) omdat die kosten ten laste van de kinderen komen. Ook de rente en aflossing over de aanvullende hypothecaire lening, die de consument in de hypothetische situatie had afgesloten, vormen volgens de tussenpersoon voordelen die moeten worden verrekend.

- 2.21 De Commissie van Beroep overweegt als volgt. Zoals gezegd, moet de schade worden begroot door een vergelijking te maken tussen de werkelijke situatie waarin de consument zich nu bevindt, en de hypothetische situatie waarin zij zich zou hebben bevonden indien er een partnerverklaring was ondertekend. In die laatste situatie zou de consument een vordering van € 160.000,- op haar kinderen hebben gehad.
- 2.22 Art. 6:100 BW bepaalt dat als een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht, voor zover dit redelijk is. De situatie die door de tussenpersoon in het leven is geroepen – te weten: de consument heeft geen vordering van € 160.000,- op haar kinderen – heeft geen voordelen voor de consument in het leven geroepen. De omstandigheid dat zij in de situatie dat de tussenpersoon niet tekort was geschoten, kosten zou hebben gemaakt omdat zij zou hebben besloten tot aankoop van de woning, is niet aan te merken als een voordeel in de zin van art. 6:100 BW. Het gaat hier immers slechts om de afwezigheid van kosten die de consument zou hebben gemaakt, wat niet hetzelfde is als het hebben van een (financieel) voordeel dat voortvloeit uit de tekortkoming van de tussenpersoon. De kinderen genieten wél een voordeel als gevolg van het tekortschieten van de tussenpersoon omdat met de verzekeringsuitkering de hypothecaire leningen zijn afgelost, zodat hun woning nu vrij van hypotheek is. Het voordeel van de kinderen kan echter niet aan de consument worden toegerekend.
- 2.23 Kortom, de schade van de consument bedraagt € 160.000,-. Dit bedrag moet worden verminderd met een bedrag van € 194,61, zijnde het bedrag dat resteerde na aflossing van de hypothecaire geldleningen dat is uitgekeerd aan de consument (rov. 3.13 van de tussenuitspraak). De wettelijke rente is verschuldigd vanaf het moment dat de tussenpersoon in verzuim is. Gelet op de brief van 10 mei 2021 van de advocaat van de consument, is dat vanaf 25 mei 2021. De wettelijke rente is op dat moment gaan lopen.
- 2.24 Nu de consument vrijwel volledig in het gelijk is gesteld, moet de tussenpersoon de door de consument betaalde bijdrage van € 500,- voor het instellen van beroep betalen. Verder moet de consument de redelijke kosten voor rechtsbijstand betalen. Deze kosten bepaalt de Commissie van Beroep op de voet van regel 39 van het Reglement en het daarbij behorende Liquidatietarief Kifid op € 4.000,- (tarief VIII, 2 punten).

3. De beslissing

De Commissie van Beroep:

stelt de volgende beslissing voor de bestreden beslissing in de plaats:

- 3.1 veroordeelt de tussenpersoon tot betaling van € 159.805,39 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 25 mei 2021;
- 3.2 veroordeelt de tussenpersoon tot betaling van de kosten van de procedure bij de Commissie van Beroep aan de zijde van de consument begroot op € 4.500,-.