Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-149
(mr. R.J. Paris, voorzitter en mr. R.P.W. van de Meerakker, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 17 juni 2016
Ingediend door	: Consumenten
Tegen	: De Hypothekers Associatie B.V., h.o.d.n. De Hypotheker Nieuw Vennep V.O.F., gevestigd te Rotterdam, verder te noemen Adviseur
Datum uitspraak	: 2 maart 2018
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

De Commissie wijst de vordering af die erop is gebaseerd dat door Adviseur geen passend advies gegeven is. Een passend hypotheekadvies is niet zonder meer het advies dat met de kennis van nu bezien over de gehele looptijd de laagste kosten zou hebben meegebracht. De Commissie komt tot het oordeel dat Adviseur wel steken heeft laten vallen in het adviestraject en oordeelt derhalve dat een deel van de in rekening gebrachte advieskosten aan Consumenten terugbetaalt.

1. Procesverloop

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

- het door de gemachtigde van Consumenten ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van Adviseur;
- de namens Consumenten ingediende repliek;
- de dupliek van Adviseur;
- de nadere reactie die namens Consumenten werd ingediend.

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

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consumenten hebben in 2004 een hypothecaire geldlening afgesloten met een hoofdsom van € 246.000,-. Deze geldlening was onderverdeeld in drie delen. Een deel betrof een leven hypotheek van € 95.200,-; het tweede deel een aflossingsvrije geldlening van € 122.800,-; het derde deel betrof een doorloophypotheek met een hoofdsom van € 28.000,-. Aan de leven hypotheek was een gemengde kapitaalverzekering gekoppeld met een beoogd doelkapitaal van € 95.200,-.

2.2 Consumenten hebben op 15 oktober 2014 een overeenkomst van opdracht met Adviseur gesloten. Consumenten zochten hypotheekadvies ten einde de financiering te realiseren van hun verhuizing. Daarbij diende rekening te worden gehouden met de restschuld die zou ontstaan uit de verkoop van de woning.

2.3 Adviseur heeft op 21 november 2014 een Persoonlijk Financieel Plan (PFP) opgesteld voor Consumenten. De wensen van Consumenten zijn daarin als volgt weergegeven:

Uw wensen

Aflossingszekerheid
U wilt dat uw hypotheekschuld aan het einde van de looptijd gegarandeerd wordt afgelost. U bent bereid om voor deze zekerheid meer te betalen.

Mate van aflossen
U heeft er geen bezwaar tegen dat aan het einde van de looptijd een deel van de hypotheekschuld niet wordt afgelost.

Rentevastperiode
U wilt voor een periode van vijf tot vijftien jaar een gelijkblijvende hypotheeklast. U bent bereid om hiervoor meer te betalen.

Risico bij overlijden
U wilt bij onverhoopt overlijden van uw partner in de woning kunnen blijven wonen. U bent niet bereid om hiervoor uw uitgavenpatroon te wijzigen.

Risico bij arbeidsongeschiktheid
Bij eventuele arbeidsongeschiktheid wilt u in de woning kunnen blijven wonen. U bent niet bereid om hiervoor uw uitgavenpatroon te wijzigen.

Besteding eigen middelen
U wilt uw eigen middelen niet gebruiken binnen de hypotheek.

Situatie rondom uw pensionering
U wilt dat bij uw pensionering uw hypotheekschuld gedeeltelijk wordt afgelost.

2.4 Op 20 november 2014 heeft ABN AMRO Bank een offerte uitgebracht voor een hypothecaire geldlening, bestaande uit vier leningdelen met een gezamenlijke hoofdsom van € 324.200,-. Een leningdeel van € 147.500,- werd daarbij aflossingsvrij vormgegeven, de overige leningdelen betroffen annuïtaire geldleningen. De gemengde kapitaalverzekering van Consumenten is afgekocht.

2.5 Voor het hypotheekadvies heeft Adviseur een bedrag van € 4.230,- gerekend.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consumenten

3.1 Consumenten vorderen in totaal € 142.634,- van Adviseur.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Adviseur heeft geen passend advies verstrekt.

Adviseur heeft geadviseerd over te sluiten naar meerdere annuïteitenhypotheken in combinatie met een aflossingsvrije hypotheek zonder deugdelijk te adviseren over andere hypotheekvormen die aantoonbaar goedkoper zijn en geen deugdelijke berekeningen gemaakt, waaruit het vorenstaande inzichtelijk wordt. De Adviseur heeft niet dan wel onvoldoende gewezen en geadviseerd over de mogelijkheid om de oude hypothecaire geldlening van Consumenten in stand te laten. Op advies van Adviseur is de levensverzekering van Consumenten afgekocht, zodat er schade is geleden die bestaat uit het verlies van renteaftrekmogelijkheden in box 1. Hiermee heeft de Adviseur artikel 4:23 jo. 4:24a van de Wet op het financieel toezicht (Wft) overtreden. Gezien de feiten handelt de Adviseur ook in strijd met de zorgplicht van een goed opdrachtnemer.

Van een redelijk handelend en bekwaam hypotheekadviseur mag worden verwacht dat hij zijn cliënt informeert over alle feiten en omstandigheden die hem ten tijde van de advisering bekend zijn of kunnen zijn over de financiële producten die hij zijn cliënt adviseert, en die - in het licht van de doeleinden en de financiële omstandigheden van de cliënt - relevant zijn voor de door de cliënt te nemen beslissing, zoals bijvoorbeeld een voor de cliënt voordeliger hypotheekproduct, hetgeen door de Adviseur is nagelaten. Aanvullend is de handelwijze van de Adviseur te duiden als onrechtmatige daad (artikel 6:162 Burgerlijke Wetboek, verder BW), alsmede is sprake van schending van het beginsel van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW jo. artikel 6:248 BW), alsmede is sprake van oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193b BW jo. artikel 6:193j BW).

Consumenten hebben een rapportage overgelegd van Stichting Hypotheekclaim. In de rapportage maakt Stichting Hypotheekclaim een berekening gebaseerd op het voortzetten van de oude hypotheek, die zij als de huidige situatie aanduidt (HS). Als VS 1 wordt aangeduid de oplossing waarvoor gekozen is en als VS 2 het voorstel waarmee Consumenten het voordeligst uit zouden zijn geweest. In VS 2 wordt de geldlening voor een groter deel aflossingsvrij voortgezet en worden daarnaast een onafhankelijke levensverzekering en twee onafhankelijke beleggingsrekeningen geopend. Voor deze drie nieuw te openen rekeningen wordt een rendement van 4% verwacht. Consumenten stellen dat VS 2 vergeleken met VS 1 € 142.634- goedkoper is en vorderen dit verschil als schade.

Daarnaast worden vanwege de bovengenoemde omstandigheden de advieskosten van Adviseur teruggevorderd en vorderen Consumenten vergoeding voor de kosten van deskundige bijstand à € 605,-.

Verweer van Adviseur

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

4. Beoordeling

4.1 Tussen partijen is in geding of de Adviseur toerekenbaar tekort is geschoten in zijn verplichtingen uit hoofde van de tussen hem en Consumenten geldende overeenkomst van opdracht.

4.2 De Commissie oordeelt dat de rechtsverhouding tussen Consumenten en de Adviseur zich laat kwalificeren als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW). In het licht hiervan rustte op de Adviseur bij de uitvoering van deze opdracht ten behoeve van Consumenten een zorgplicht. De adviseur dient tegenover zijn opdrachtgever de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht. Zie onder andere Hoge Raad 10 januari 2003, NJ 2003, 375, r.o. 3.4.1. Die zorgplicht van Adviseur ontslaat Consumenten niet van het doen van eigen onderzoek. Juridisch gezien is van belang dat van een omzichtige en oplettende consument mag worden verwacht dat hij zich voor het aangaan van een overeenkomst redelijk inspant om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico's te doorgronden (zie ook HR 5 juni 2009, LJN BH2822, RvdW 2009, 685, r.o. 4.3.5).

4.3 Als uitgangspunt geldt dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht dat hij beschikt over de nodige deskundigheid en vakkennis, dat hij de financiële belangen van zijn cliënten naar beste weten en kunnen behartigt en dat hij zorgvuldigheid betracht in de advisering van zijn cliënten. De adviseur is daarbij gehouden informatie in te winnen bij Consumenten omtrent hun kennis en ervaring, wensen, doelen, risicobereidheid en mogelijkheden teneinde zich ervan te verzekeren dat de door hem te verstrekken adviezen passend zijn gelet op de wensen en mogelijkheden van Consumenten. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag voorts worden verwacht dat hij zijn cliënten zodanig informeert over de aard van het product en de risico's van hun keuzes, dat de cliënt vóór het sluiten van een hypothecaire geldlening een weloverwogen beslissing kunnen nemen (zie Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2012-343 en nr. 2014-411). Uiteindelijk dient een hypotheekadvies, met het oog op alle omstandigheden van het geval, passend te zijn.

4.4 Bij het oversluiten van de hypothecaire geldlening houdt de zorgplicht van de Adviseur voorts in dat hij moet onderzoeken of dat oversluiten in het belang van Consumenten is (Rechtbank Rotterdam, 9 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1693). Daarbij kunnen er tal van omstandigheden zijn die meebrengen dat een passend advies niet leidt tot de goedkoopst mogelijke constructie. Een advies is immers, naast de wensen van een consumenten omtrent de hoogte van maandlasten, per definitie afhankelijk van hun leeftijd, hun inkomsten en toekomstperspectieven, hun wensen omtrent afloszekerheid en hun bereidheid om risico's te nemen.

4.5 Dit zou anders kunnen zijn indien Consumenten nadrukkelijk zouden hebben aangegeven dat de beste of goedkoopste constructie hun wens is (zie ook Rechtbank Midden-Nederland, 3 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:420). In de regel zal er immers niet één beste oplossing bestaan, gezien de vele factoren waarvan de inhoud van een advies afhankelijk is. Daarnaast is het goed denkbaar dat een advies dat volledig aan de wens van de allerlaagste maandlasten voldoet, toch niet passend is. Immers, indien lage maandlasten kunnen worden bereikt door een risicovolle hypotheekconstructie af te sluiten, is het zeer wel mogelijk dat die risicovolle constructie met het oog op bijvoorbeeld de leeftijd, doelstellingen en risicobereidheid van consumenten juist in het geheel niet passend is.

4.6 Op basis van het klachtdossier komt de Commissie tot het oordeel dat niet is komen vast te staan en evenmin aannemelijk is geworden dat het advies van Adviseur, dat heeft geleid tot de hierboven in overweging 2.4 opgenomen wijziging van de hypothecaire geldlening, niet passend was. De Commissie licht dit toe.

4.7 Allereerst zou het meest verstrekkende verwijt van Consumenten, namelijk de omstandigheid dat door de Adviseur geen alternatieve constructies of scenario's aan Consumenten zijn voorgespiegeld, mogelijkerwijs tot het oordeel kunnen leiden dat de dienstverlening van de Adviseur niet op alle fronten naar volledigheid is uitgevoerd. Diezelfde omstandigheid leidt echter zonder nadere onderbouwing niet tot de conclusie dat het uiteindelijke advies niet passend is geweest, noch dat Consumenten, ook indien ervan uit zou worden gegaan dat zij van alle goedkopere alternatieven op de hoogte zouden zijn geweest, dan voor het goedkopere alternatief zouden hebben gekozen.

4.8 In dat verband geldt dat niet is gebleken of aannemelijk geworden dat het door Consumenten gestelde alternatief (het zogenoemde VS2) overeen zou komen met de wensen destijds, doelstellingen en risicobereidheid, noch dat dat alternatief op welke andere grond dan ook überhaupt passend zou zijn geweest. De enige onderbouwing voor deze stelling wordt gegeven door erop te wijzen dat het alternatief over de gehele looptijd bezien lagere lasten zou hebben opgeleverd. Ten eerste is het maar de vraag of die stelling waar is. De in dat voorstel genoemde maandlasten en de uiteindelijke beoogde aflossing zijn immers gebaseerd op fictieve voorbeeldrendementen. Daarnaast, ook al zou deze stelling feitelijk juist zijn, is de enkele omstandigheid van lagere totale lasten in een alternatieve situatie, zoals hierboven overwogen, onvoldoende voor een oordeel dat het hypotheekadvies niet passend is geweest. In het door Consumenten geboden alternatief is geen enkele garantie aanwezig dat enige vorm van aflossing aan het einde van de looptijd wordt bereikt en evenmin is aannemelijk gemaakt dat een dergelijke constructie zou passen bij de financiële positie, wensen, doelstellingen en risicobereidheid van Consumenten.

4.9 Consumenten hebben daarnaast gesteld dat de gemengde kapitaalverzekering ten onrechte is afgekocht, waardoor hun de mogelijkheid is ontnomen fiscaal voordelig vermogen op te bouwen. De Commissie volgt ook deze stelling van Consumenten niet. Uit het klachtdossier blijkt dat met de verkoop van de oude woning een restschuld zou ontstaan. Adviseur heeft onweersproken gesteld dat met de afkoop van de kapitaalverzekering beoogd werd deze restschuld gedeeltelijk af te lossen. Naar het oordeel van de Commissie hebben Consumenten geen begin van bewijs geleverd dat het voortzetten van een kapitaalverzekering, waarin zou worden belegd, tot hun wensen behoorde. Hierbij geldt eveneens het oordeel dat er geen enkele garantie bestaat dat de voortzetting van de gemengde kapitaalverzekering uiteindelijk tot lagere maandlasten leidt.

4.10 Voorts oordeelt de Commissie over de stelling van Consumenten, die erop neerkomt dat hun situatie en wensen niet goed zijn geïnventariseerd. Deze stelling hebben Consumenten onder meer onderbouwd door te verwijzen naar de interne tegenstrijdigheden die kenbaar zijn uit het PFP van november 2014, waaruit hierboven in overweging 2.3 geciteerd werd. De Commissie volgt deze stelling van Consumenten.

Naar het oordeel van de Commissie ligt het op de weg van Adviseur om Consument in duidelijke bewoordingen voor te lichten, daarbij passen niet innerlijke tegenstrijdigheden die, onder meer in de geciteerde passage, te vinden zijn in het PFP. Vanwege deze onduidelijke en slordige wijze van communiceren, acht de Commissie het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat Adviseur aanspraak wil (blijven) houden op het gehele honorariumbedrag van € 4.230,-. Adviseur dient derhalve een deel van de in rekening gebrachte advieskosten aan Consument terug te betalen. De Commissie stelt dit bedrag vast op € 1.000,-.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat Adviseur binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consumenten vergoedt een bedrag van € 1.000,-.

In artikel 5 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/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

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.