Uitspraak Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening nr. 2022-0020
(mr. drs. W.J.J. Los, voorzitter, prof. mr. D. Busch, J.C.H. Kars AAG CERA, mr. G.C.C. Lewin, P.G. Polstra AA RB, leden en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

Beroepschrift ontvangen op	: 1 november 2021
Ingediend door	: De consumenten
Wederpartij	: Nationale Nederlanden Bank N.V., gevestigd te Den Haag, verder te noemen Nationale Nederlanden; Have & Goed Verzekeringen B.V., gevestigd te Leiderdorp, verder te noemen de adviseur; ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen ING
Datum uitspraak	: 11 mei 2022

Samenvatting

Financiering aankoop nieuwe woning. Oude woning en verhuurd pand gefinancierd door bank A. Op oude woning rust 2e hypotheekrecht ten behoeve van bank A voor financiering verhuurd pand. Consumenten willen oude woning verkopen en overwaarde gebruiken voor koop nieuwe woning. Bij aanvraag financiering aan bank B hebben tussenpersoon en bank B niet nagevraagd of bank A bereid was 2e hypotheekrecht op oude woning door te halen. Voorwaarde van bank A dat overwaarde wordt gebruikt om ook financiering verhuurde pand af te lossen, is in strijd met de verplichting van bank A om zo goed mogelijk rekening te houden met de belangen van de consumenten. Schade alleen veroorzaakt door handelwijze van bank A. Bank A moet de consumenten zoveel mogelijk brengen in de positie waarin zij zouden hebben verkeerd als bank A de overwaarde niet had opgeëist en daarom een hypothecaire lening aan de consumenten verstrekken.

1. De procedure in beroep

1.1 Op 23 september 2021 heeft de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: de Geschillencommissie) een uitspraak tussen partijen gegeven, met dossiernummers [nummer 1], [nummer 2] en [nummer 3] (gepubliceerd onder nummer 2021-0836).

1.2 De consumenten hebben beroep ingesteld bij brief die gedateerd is op 21 oktober 2021 en ontvangen op 1 november 2021.

1.3 ING heeft een verweerschrift ingediend, gedateerd op 7 december 2021.

1.4 Nationale Nederlanden heeft een verweerschrift ingediend, gedateerd op 15 december 2021.

1.5 De adviseur heeft op 14 januari 2022 een verweerschrift ingediend.

1.6 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 21 maart 2022. Consument [naam 1] was daarbij aanwezig. Nationale Nederlanden werd vertegenwoordigd door mr. [naam 2], en mr. C. Bruin, advocaat bij Nationale-Nederlanden Advocaten. De adviseur werd vertegenwoordigd door [naam 3]. ING werd vertegenwoordigd door mr. [naam 4] en

[naam 5]. Partijen hebben hun standpunten toegelicht en vragen van de Commissie van Beroep beantwoord.

2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure bij de Geschillencommissie verwijst de Commissie van Beroep naar de uitspraak van de Geschillencommissie van 23 september 2021.

3. Feiten

3.1 ING, althans haar rechtsvoorganger, heeft in 1997 een hypothecaire geldlening aan de consumenten verstrekt voor het financieren van de aankoop van een woning in [plaatsnaam] voor een bedrag van € 223.150,-. In verband hiermee is ten gunste van ING een eerste hypotheek gevestigd op deze woning.

3.2 In 2006 hebben de consumenten een huis in Leiden gekocht, bestemd voor verhuur. Voor het financieren van de aankoop heeft ING aan de consumenten een zogenoemde bedrijfshypotheek verstrekt, die bestaat uit drie leningdelen, voor een bedrag van in totaal € 250.000,-. In verband hiermee zijn aan ING zekerheden verstrekt, te weten een recht van eerste hypotheek op het verhuurde pand, een recht van tweede hypotheek op de woning in [plaatsnaam] en pandrechten op de huurpenningen uit de verhuur van het verhuurde pand en op vorderingen uit hoofde van een beleggingsrekening.

3.3 Met het oog op de aankoop van een nieuwe woning hebben de consumenten op 9 september 2019 een oriënterend gesprek gevoerd met de adviseur. In dat gesprek zijn ook de hypotheekrechten van ING op de woning in [plaatsnaam] ter sprake gekomen. Medio september 2019 hebben de consumenten een nieuwe woning gekocht, gelegen in [naam dorp]. Bij de koop is een financieringsvoorbehoud gemaakt. Voor de aanvraag van een hypothecaire geldlening voor het financieren van de aankoop hebben de consumenten advies gevraagd aan de adviseur. De adviseur heeft in oktober 2019 een aanvraag voor een financiering ingediend bij Nationale Nederlanden. In het aanvraagformulier zijn het verhuurde pand en het in verband daarmee op de oude woning gevestigde recht van tweede hypotheek niet vermeld. Wel is de notariële akte, waarbij dit recht is gevestigd, met de aanvraag aan Nationale Nederlanden toegezonden.

3.4 De adviseur heeft op 28 oktober 2019 een adviesrapport aan de consumenten uitgebracht. Dit rapport vermeldt onder meer (voetnoten weggelaten):

‘3.1 FINANCIERINGSOPZET
(…)

Aankoopkosten		
Koopsom woning k.k.	€ 545.000	
Overdrachtsbelasting	€ 10.900	
Leveringsakte	€ 700	
Verbouwing/verbetering van de woning	€ 98.500	
Totaal aankoopkosten		€ 655.100 +

Financieringskosten		
Kosten hypotheekakte	€ 700	
Taxatiekosten	€ 500	
Advieskosten	€ 3.250	
Bankgarantiekosten	€ 310	
Totaal financieringskosten		€ 4.760 +

Financieringsbehoefte	
Totale financieringsbehoefte	€ 659.860 +
Overbruggingskrediet	€ 166.850 -/-
Gewenst hypotheekbedrag	€ 493.010

(…)

3.2 OVERWAARDESPECIFICATIE

Verkochte woning 1	
Verkoopprijs	€ 400.000
Verkoopkosten	
Percentage eigendom	100%
Netto opbrengst	€ 400.000
Restant schuld box 1	€ 192.598
Vervreemdingssaldo	€ 207.402
Restant schuld box 3	€ 40.552
Overwaarde	€ 166.850

(…)

5. TOELICHTING BIJ ONS ADVIES

(…)

5.1 ALGEMEEN

(…)

De huidige hypotheek bij de ING zal worden afgelost na verkoop van jullie huidige woning.
Na die verkoop ontstaat winst. De verkoopopbrengst hebben we nu bepaald op € 400.000. Gezien de woningmarkt is de verwachting dat de winst uiteindelijk hoger zal uitvallen. (…) Het advies heeft betrekking op zowel het afsluiten en bemiddelen van een hypotheek en een overbruggingshypotheek, alsmede een persoonlijk financieel advies op basis van de betaalbaarheid van de hypotheeklast nu en in de toekomst.
We hebben in dit advies de inkomsten uit verhuur en de lasten aan de lening van de door jullie verhuurde woning tegen elkaar weggestreept.'

3.5 Nationale Nederlanden heeft op 23 oktober 2019 een offerte aan de consumenten uitgebracht voor een financiering van € 660.360,-. Onderdeel van deze financiering was een overbruggingskrediet van € 166.850,- voor de duur van zes maanden, waarvoor een recht van tweede hypotheek zou worden gevestigd op de oude woning.

3.6 Voor zijn werkzaamheden heeft de adviseur bij factuur van 28 oktober 2019 € 3.250,- aan de consumenten in rekening gebracht.

3.7 De nieuwe woning te [naam dorp] is op 3 december 2019 aan de consumenten overgedragen. Omdat op de oude woning al een recht van tweede hypotheek van ING rustte, heeft Nationale Nederlanden ingestemd met het vestigen van een recht van derde hypotheek op de oude woning in verband met het overbruggingskrediet.

3.8 De oude woning te [plaatsnaam] is verkocht voor de prijs van € 412.500,-. Op 10 januari 2020 heeft ING het verzoek van de notaris ontvangen om in te stemmen met het doorhalen van de hypotheken op de oude woning. Op 11 januari 2020 heeft de adviseur ING op de hoogte gesteld van de aankoop van de nieuwe woning en de verkoop van de oude woning. ING heeft aan het doorhalen van de hypotheken de voorwaarde verbonden dat niet alleen de financiering voor de oude woning, maar ook twee leningdelen van de financiering voor het verhuurde pand zouden worden afgelost.

3.9 De oude woning is op 2 maart 2020 aan de kopers overgedragen. Daarbij zijn de financiering voor de oude woning en twee leningdelen van de financiering voor het verhuurde pand afgelost. Het derde leningdeel ten bedrage van € 50.000,- is niet afgelost. Op het overbruggingskrediet is ongeveer € 14.067,- afgelost, waarna daarvan € 152.783,- resteerde. Nationale Nederlanden heeft de consumenten aangeboden hiervoor een verhuurhypotheek te verstrekken tegen het rentetarief dat zij voor verhuurhypotheken hanteert en dat hoger is.

4. Klacht en uitspraak Geschillencommissie

4.1 De klacht van de consumenten betreft de eis die ING stelde voor het doorhalen van het tweede hypotheekrecht op de oude woning, te weten dat de consument twee van de drie delen van de hypothecaire lening voor de financiering van het verhuurde pand zou aflossen uit de overwaarde van de oude woning. Hierdoor kon het overbruggingskrediet van Nationale Nederlanden grotendeels niet meer worden afbetaald. Volgens de consumenten had ING deze eis niet mogen stellen en hadden de adviseur en Nationale Nederlanden vooraf moeten nagaan onder welke voorwaarden ING zou instemmen met het doorhalen van het tweede hypotheekrecht.

4.2 De consumenten zien als oplossing dat hun een hypothecaire geldlening wordt aangeboden om het overbruggingskrediet af te lossen tegen de rente en voorwaarden die golden voor de afgeloste delen van de hypothecaire lening van ING voor de financiering van het verhuurde pand. De consumenten hebben daarnaast gewezen op kosten die zij hebben gemaakt en schade die zij lijden als zij moeten instemmen met de duurdere verhuur-hypotheek die Nationale Nederlanden hun heeft aangeboden. De kosten en schade hebben zij begroot op € 29.304,-.

4.3 De Geschillencommissie heeft de klacht tegen de adviseur gegrond bevonden. Volgens de Geschillencommissie is de adviseur tekortgeschoten door niet voldoende informatie in te winnen over de gevolgen van de koop van de nieuwe woning en de verkoop van de oude woning voor de bestaande financiering en hypotheekrechten van ING.

4.4 De klachten tegen Nationale Nederlanden heeft de Geschillencommissie verworpen. Volgens de Geschillencommissie lag het op de weg van de consumenten en hun adviseur om na te gaan of ING bij verkoop van de oude woning de verkoopwinst zou opeisen, en niet op de weg van Nationale Nederlanden. Bovendien heeft Nationale Nederlanden bijgedragen aan een oplossing door een gewijzigde financiering aan te bieden. Tot meer kan Nationale Nederlanden volgens de Geschillencommissie niet worden gehouden.

4.5 Ook de klacht tegen ING is naar het oordeel van de Geschillencommissie ongegrond. De Geschillencommissie heeft tot uitgangspunt genomen dat ING als hypotheekhouder geen afstand van haar hypotheekrecht behoefde te doen zonder betaling. De Geschillencommissie is verder van oordeel dat ING geen misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt, omdat ING niet in de verkoopplannen is meegenomen, vragen had over de betaalbaarheid van de financieringen en twijfelde aan haar zekerheden.

4.6 Wat betreft de vorderingen van de consumenten heeft de Geschillencommissie overwogen dat de primaire vordering inhoudt dat de oorspronkelijke vordering bij ING in stand blijft en dat deze vordering niet toewijsbaar is. Volgens de Geschillencommissie hebben de consumenten subsidiair vervangende schadevergoeding gevorderd. De Geschillencommissie acht het echter niet aannemelijk dat de consumenten van de koop van de nieuwe woning en de uiteindelijk tot stand gekomen financiering zouden hebben afgezien, als zij tijdig waren geïnformeerd over de eis van ING met betrekking tot het doorhalen van het tweede hypotheekrecht op hun oude woning. Het staat volgens de Geschillencommissie ook niet vast dat zij een goedkopere financiering hadden kunnen verkrijgen. Dat sprake is van schade staat dus niet vast en het is ook onzeker of de schade het gevolg is van het nalaten van de adviseur, aldus de Geschillencommissie. De vordering tot schadevergoeding is daarom niet toewijsbaar geoordeeld. Wel heeft de Geschillencommissie de vergoeding die de consumenten aan de adviseur hebben betaald, gematigd met € 500,-, omdat het volgens de Geschillencommissie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de adviseur aanspraak maakt op de volledige vergoeding van € 3.250,-.

4.7 Voor de overwegingen van de Geschillencommissie verwijst de Commissie van Beroep verder naar de bestreden uitspraak.

4.8 De Geschillencommissie heeft de volgende beslissing gegeven:

> ‘De commissie wijst de vordering gedeeltelijk toe.
> De commissie beslist dat de adviseur een bedrag van € 500,- aan de consumenten vergoedt binnen twee weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd. Al het overige wordt afgewezen.’

5. Beoordeling van het beroep

Inleiding

5.1 De consumenten hebben diverse bezwaren aangevoerd tegen de uitspraak van de Geschillencommissie. Zij menen, kort gezegd, dat zij geen schade behoren te lijden door de fouten die de adviseur, Nationale Nederlanden en ING hebben gemaakt.

Het beroep kan worden behandeld

5.2 ING heeft aangevoerd dat het beroep niet kan worden behandeld, omdat de vordering waarover de Geschillencommissie oordeelde, weliswaar hoger was dan € 25.000,-, maar dit bedrag van de adviseur, Nationale Nederlanden en ING gezamenlijk is gevorderd zonder te vermelden welk deel aan ieder van hen moet worden toegerekend. Daardoor kan volgens ING niet worden vastgesteld dat het beroep betrekking heeft op een vordering op ING van ten minste € 25.000,-.

5.3 Volgens art. 2.1 van het reglement van de Commissie van Beroep staat beroep open tegen uitspraken van de Geschillencommissie, indien het belang van de vordering waarover de Geschillencommissie oordeelde, ten minste € 25.000,- beliep. De consumenten hebben aangevoerd dat de adviseur, Nationale Nederlanden en ING fouten hebben gemaakt, waardoor zij zijn benadeeld en dat de adviseur, Nationale Nederlanden en ING gehouden zijn dit nadeel op te heffen. De vordering die de consumenten hebben ingesteld, betreft dus zonder onderscheid de adviseur, Nationale Nederlanden en ING. Hieruit kan worden opgemaakt dat de consumenten hen hoofdelijk aanspreken voor het gehele gevorderde bedrag. In aanmerking genomen dat de consumenten hun schade hebben begroot op € 29.304,-, is het belang van de vordering waarover de Geschillencommissie oordeelde ten minste € 25.000,- jegens zowel de adviseur als Nationale Nederlanden en ING. Het beroep kan dus jegens alle drie verweerders worden behandeld.

De adviseur

5.4 De adviseur was de tussenpersoon van de consumenten. Hij had de opdracht om te adviseren en bemiddelen bij het verkrijgen van een financiering voor de koop van de nieuwe woning van de consumenten.

5.5 Het staat in beroep niet ter discussie dat de adviseur in één opzicht niet voldoende zorgvuldig is geweest in het uitvoeren van de opdracht. De adviseur wist van de hypothecaire lening die ING aan de consumenten had verstrekt voor het financieren van het verhuurde pand en het daarvoor verstrekte zekerheidsrecht van de tweede hypotheek op de oude woning. De adviseur was er ook mee bekend dat het de bedoeling was dat het overbruggingskrediet van Nationale Nederlanden bij verkoop van de oude woning zou worden afgelost uit de overwaarde van deze woning. De adviseur had dus moeten nagaan of en onder welke voorwaarden ING bereid was het tweede hypotheekrecht door te

halen. Dat heeft de adviseur niet gedaan. Dat is een tekortkoming jegens de consumenten in het nakomen van de verplichtingen uit de opdracht.

5.6 De adviseur heeft bij de mondelinge behandeling in beroep verklaard dat hij bij het voorbereiden van de aanvraag van een offerte met een senior acceptant van Nationale Nederlanden heeft gesproken over het tweede hypotheekrecht en dat zij tot de conclusie zijn gekomen dat het doorhalen van het tweede hypotheekrecht geen probleem kon vormen. Ook als de conclusie dat ING het doorhalen redelijkerwijs niet kon weigeren, objectief gezien terecht was, bestond het risico dat ING dit anders zou zien. Het had daarom op de weg van de adviseur gelegen om na te gaan of ING deze conclusie deelde.

Nationale Nederlanden

5.7 Nationale Nederlanden was de partij die een financiering zou verstrekken voor de koop van de nieuwe woning van de consumenten. Tussen de adviseur en een of meer acceptanten van Nationale Nederlanden heeft overleg plaatsgevonden. Nationale Nederlanden heeft via de adviseur een aanvraag ontvangen, met documenten. Tot deze documenten behoorde ook de akte waarbij het tweede hypotheekrecht van ING op de oude woning was gevestigd. Nationale Nederlanden heeft een offerte uitgebracht voor de aangevraagde financiering. Onderdeel van deze financiering was het overbruggingskrediet. Het was de bedoeling dat dit overbruggingskrediet bij verkoop van de oude woning zou worden afgelost uit de overwaarde van deze woning. Tot zekerheid voor het nakomen van de verplichtingen uit het overbruggingskrediet zou een tweede hypotheekrecht op de oude woning worden gevestigd.

5.8 In het kader van de aanvraag voor de financiering was Nationale Nederlanden op grond van art. 4:34 lid 1 van de Wet op het financieel toezicht verplicht om in het belang van de consumenten informatie over hun financiële positie in te winnen en, ter voorkoming van overkreditering, te beoordelen of het krediet verantwoord was. Van het aangevraagde krediet maakte het overbruggingskrediet onderdeel uit. In aanmerking genomen dat het de bedoeling was dat dit overbruggingskrediet zou worden afgelost uit de overwaarde van de oude woning, bracht de jegens de consument in acht te nemen zorgvuldigheid mee dat Nationale Nederlanden aan de hand van de ontvangen informatie zou nagaan of daarvoor belemmeringen konden bestaan, zoals zekerheidsrechten van derden op de oude woning. Er bestond bovendien het risico op (een vorm van) overkreditering als het overbruggings-krediet bij verkoop van de oude woning niet zou kunnen worden afgelost uit de overwaarde van deze woning. Nationale Nederlanden behoorde dus na te gaan of de overwaarde beschikbaar was voor het aflossen van het overbruggingskrediet. Nationale Nederlanden wist (uit het vooroverleg) of behoorde te weten (uit de ontvangen hypotheekakte) dat er op de oude woning een tweede hypotheekrecht van ING rustte, tot zekerheid voor een andere financiering dan de financiering van de oude woning. Het had onder deze omstandigheden op de weg van Nationale Nederlanden gelegen om, gelet op haar verplichting overkreditering te voorkomen, bij de adviseur na te vragen of de

overwaarde beschikbaar was voor het aflossen van het overbruggingskrediet, en niet zou worden opgeëist door ING.

5.9 Nationale Nederlanden heeft dit niet nagevraagd. Daarmee is zij haar verplichtingen jegens de consumenten niet volledig nagekomen. Dat is onrechtmatig jegens de consumenten.

ING

5.10 ING was de partij die de financieringen had verstrekt voor de oude woning (in 1997) en voor het verhuurde pand (in 2006). De financiering voor het verhuurde pand bestond uit drie leningdelen. Met betrekking tot deze financiering had ING diverse zekerheden. In de eerste plaats had ING een hypotheekrecht op het verhuurde pand. Daarnaast had ING een recht van tweede hypotheek op de oude woning. Tot slot had ING pandrechten op de huur uit het verhuurde pand en op een beleggingsrekening van de consumenten.

5.11 ING had als bank en contractuele wederpartij van de consumenten zo goed mogelijk rekening te houden met de belangen van de consumenten. Dit is een algemene zorgplicht die voortvloeit uit de aard van de contractuele relatie tussen een bank en een consument. De zorgplicht is ook vermeld in art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden, daargelaten of deze in dit geval van toepassing waren.

5.12 Gesteld noch gebleken is dat de consumenten hun verplichtingen uit de financieringen die ING had verstrekt, niet steeds naar behoren zijn nagekomen. Evenmin is gebleken dat er een bijzondere aanleiding voor ING was om te verlangen dat de financiering voor het verhuurde pand geheel of gedeeltelijk vervroegd zou worden afgelost.

5.13 ING werd in januari 2020 op de hoogte gesteld van de verkoop van de oude woning en werd toen gesteld voor de vraag of zij het tweede hypotheekrecht op deze woning wilde doorhalen. Het is niet zo dat ING zonder meer verplicht was om dit zekerheidsrecht prijs te geven. Wel vloeit uit haar verplichting om zo goed mogelijk rekening te houden met de belangen van de consumenten voort, dat zij zorgvuldig moest onderzoeken of dit zekerheidsrecht nog nodig was en of, als dit zo was, een gelijkwaardig of afdoende zekerheidsrecht kon worden gevestigd ter vervanging van het tweede hypotheekrecht op de oude woning. Het lag voor de hand om dan te bezien of een tweede hypotheekrecht op de nieuwe woning mogelijk en afdoende was.

5.14 Van een dergelijk onderzoek is niet gebleken. ING heeft in de eerste plaats gewezen op haar beleid voor het verstrekken van hypothecaire leningen voor tot verhuur bestemd vastgoed. ING stelt dat dit beleid was gewijzigd, in die zin dat zij alleen nog dergelijke leningen verstrekte voor zover die hoger waren dan € 1.500.000,-. Het ging hier echter niet om het verstrekken van een nieuwe lening, maar om het vervallen of vervangen van een van de zekerheidsrechten voor een bestaande lening. Het lijkt er daarom op dat ING de gelegenheid van de verkoop van de oude woning heeft aangegrepen om af te komen van (een groot deel van) de bestaande financiering voor het verhuurde pand. In elk geval is niet

gebleken dat ING heeft voldaan aan haar verplichting om zo goed mogelijk rekening te houden met de belangen van de consumenten.

5.15 ING heeft gesteld dat zij betwijfelde of een tweede hypotheekrecht op de nieuwe woning een gelijkwaardig zekerheidsrecht was en of de leningen betaalbaar bleven bij financiering door Nationale Nederlanden van de aankoop van de nieuwe woning.
Het blijkt echter niet dat ING (met voldoende mate van zorg) heeft onderzocht of deze twijfels terecht waren. ING heeft de twijfels ook niet concreet gemaakt.
Dat had wel van haar mogen worden verwacht, met name omdat zonder die concretisering niet kan worden aangenomen dat deze twijfels terecht waren. Het was immers de bedoeling van de consumenten dat door het aflossen van het overbruggingskrediet de overwaarde van de oude woning als het ware zou overgaan naar de nieuwe woning.
Zonder toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat een tweede hypotheekrecht op de nieuwe woning minder zekerheid zou bieden dan het tweede hypotheekrecht op de oude woning. Verder mocht worden aangenomen dat Nationale Nederlanden de kredietwaardigheid van de consumenten had onderzocht in het kader van de aanvraag en offerte voor de financiering van de aankoop van de nieuwe woning.
Door niet concreet te maken waarom er desondanks gerechtvaardigde twijfels konden bestaan aan de gelijkwaardigheid van een tweede hypotheekrecht op de nieuwe woning en, al dan niet volgens het eigen acceptatiebeleid van ING, aan de betaalbaarheid van de financieringen, heeft ING dus te weinig naar voren gebracht voor het oordeel dat zij vanwege dergelijke twijfels aan het doorhalen van het tweede hypotheekrecht op de oude woning de eis mocht verbinden dat de financiering voor het verhuurde pand grotendeels vervroegd werd afgelost.

5.16 Daar komt nog bij dat ING er ook geen blijk van heeft gegeven te hebben onderzocht of de zekerheid van een tweede hypotheekrecht op de nieuwe woning van de consumenten nog zinvol was, naast de andere zekerheidsrechten die ING had met betrekking tot de financiering voor het verhuurde pand. De consumenten hebben aangevoerd dat deze zekerheidsrechten meer dan voldoende zekerheid boden. Dat is niet bij voorbaat onaannemelijk, mede in aanmerking genomen dat de financiering voor het verhuurde pand in loop van de jaren al deels was afgelost, terwijl de waarde van huizen in de loop van de jaren aanmerkelijk is gestegen.

5.17 De conclusie is dat ING de verplichting die zij jegens de consumenten had om zo goed mogelijk rekening te houden met hun belangen, niet naar behoren is nagekomen.
In de eerste plaats mochten de consumenten van ING verwachten dat zij naar aanleiding van het verzoek om doorhaling van het tweede hypotheekrecht zorgvuldig onderzoek zou doen. Het verweer van ING is onvoldoende om te oordelen dat de consumenten ING in dit opzicht ten onrechte het verwijten maken dat geen zorgvuldig onderzoek is gedaan.
ING heeft tegenover de stellingen van de consumenten bovendien onvoldoende aangevoerd om aan te nemen dat zij, als wél zorgvuldig onderzoek zou hebben gedaan, aan het doorhalen van het tweede hypotheekrecht op de oude woning de eis had mogen verbinden dat de financiering voor het verhuurde pand (grotendeels) zou worden afgelost uit de overwaarde van de oude woning. Hieruit volgt dat de consumenten tevens mochten verwachten dat ING aan de verzochte doorhaling zou meewerken zonder deze eis te

stellen. Ook in zoverre heeft ING niet aan haar bancaire zorgplicht jegens de consumenten voldaan.

Gevolgen van de gemaakte fouten

5.18 Alle drie verweerders zijn, kort gezegd, in een bepaald opzicht onvoldoende zorgvuldig geweest tegenover de consumenten. Het is echter niet zo dat al deze fouten de schade hebben veroorzaakt die de consumenten lijden.

5.19 Als de adviseur en Nationale Nederlanden zouden hebben gedaan wat van ze mocht worden verwacht, was in een eerdere fase de vraag aan ING voorgelegd onder welke voorwaarden ING zou instemmen met het doorhalen van het tweede hypotheekrecht op de oude woning. Zoals uit het voorgaande volgt, mochten de consumenten verwachten dat ING in dat geval, aan het doorhalen van het tweede hypotheekrecht op de oude woning niet de eis zou verbinden dat de financiering voor het verhuurde pand (grotendeels) zou worden afgelost uit de overwaarde van de oude woning.

5.20 ING kreeg pas in een latere fase, betrekkelijk kort vóór de overdracht van de oude woning, de vraag voorgelegd om mee te werken aan het doorhalen van het tweede hypotheekrecht. Dat maakt het voorgaande echter niet anders, de zorgplichten bleven dezelfde. Het maakt ook geen verschil dat ING, zoals zij stelt, niet in de verkoopplannen is meegenomen. ING heeft immers niet of onvoldoende uitgelegd dat zij tot een andere beslissing zou zijn gekomen, als zij wel in de verkoopplannen was meegenomen. Zo heeft zij bijvoorbeeld niet aangevoerd dat zij door tijdsdruk niet in staat was het zorgvuldige onderzoek te doen, waartoe zij jegens de consumenten was gehouden. Het is dus alleen de ongerechtvaardigde eis van ING dat de financiering voor het verhuurde pand grotendeels moest worden afgelost uit de overwaarde van de oude woning, die tot de schade van de consumenten heeft geleid, en niet (ook) de hiervoor genoemde onzorgvuldigheden van de adviseur en Nationale Nederlanden.

5.21 De conclusie is dat alleen ING de schade behoort te vergoeden die de consumenten hebben geleden, omdat de schade is veroorzaakt door haar handelen.

Schadevergoeding

5.22 De schade dient te worden vergoed door de consumenten zoveel mogelijk in de positie te brengen waarin zij zouden hebben verkeerd, als ING de overwaarde van de oude woning niet had opgeëist voor het aflossen van de financiering voor het verhuurde pand.

5.23 Indien ING de overwaarde van de oude woning bij de overdracht daarvan niet had opgeëist, zou het overbruggingskrediet bij de overdracht zijn afgelost uit deze overwaarde. De financiering voor het verhuurde pand was ongewijzigd gebleven, met dien verstande dat aannemelijk is dat zij had gevraagd om het recht van tweede hypotheek op de oude woning te vervangen door een recht van tweede hypotheek op de nieuwe woning, en dat de consumenten daarmee zouden hebben ingestemd. Om te bewerkstelligen dat deze situatie alsnog zoveel mogelijk wordt bereikt, behoort ING aan de consumenten een hypothecaire

lening te verstrekken ter aflossing van het overbruggingskrediet, voor zover dit nog niet is afgelost, tegen dezelfde condities als de condities die golden voor de vervroegd afgeloste leningdelen van de financiering voor het verhuurde pand. Dit betreft met name de rente op deze lening.

5.24 Daartegenover behoren de consumenten mee te werken aan het vestigen van een recht van tweede hypotheek op de nieuwe woning tot zekerheid voor het nakomen van de verplichtingen uit de te verstrekken hypothecaire lening en de resterende financiering voor het verhuurde pand, indien ING dat wenst.
Voor dit hypotheekrecht behoren de bepalingen te gelden die gebruikelijk zijn bij hypothecaire geldleningen als de onderhavige, waarbij zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de bepalingen die golden voor het tweede hypotheekrecht op de oude woning.
Nationale Nederlanden behoort als houder van een eerste recht van hypotheek op de nieuwe woning in te stemmen met het vestigen van het tweede recht van hypotheek ten behoeve van ING.
De kosten van het vestigen van het tweede hypotheekrecht komen ten laste van de consumenten, omdat zij deze kosten ook hadden moeten dragen, indien ING de overwaarde van de oude woning niet zou hebben opgeëist.

5.25 Ten slotte behoort ING aan de consumenten te vergoeden het verschil tussen de rente die zij over het overbruggingskrediet hebben moeten en nog moeten betalen en de rente die zij zouden hebben moeten betalen (over het bedrag van de niet-afgeloste hoofdsom van het overbruggingskrediet), indien de financiering voor het verhuurde pand in stand was gebleven, te rekenen vanaf de datum van overdracht van de oude woning tot het moment dat het overbruggingskrediet wordt afgelost. Indien door belastingaftrek een deel van de rente over het overbruggingskrediet niet daadwerkelijk ten laste van de consumenten is gekomen, behoort alleen het (netto) deel dat wel daadwerkelijk ten laste van de consumenten is gekomen, voor de vergoeding in aanmerking te worden genomen.

5.26 De schadevergoeding, zoals hiervóór omschreven, sluit aan bij de primaire vordering die de consumenten in deze procedure hebben ingesteld. Voor ING betekent dit in wezen niet méér dan dat zij de positie behoudt die zij had zonder het opeisen van de overwaarde van de oude woning.

5.27 Voor de duidelijkheid merkt de Commissie van Beroep op dat deze uitspraak geen gevolgen heeft voor de beslissing van de Geschillencommissie dat de adviseur een deel van het ontvangen honorarium aan de consumenten moet teruggeven. De adviseur heeft in beroep geen bezwaren tegen deze beslissing heeft aangevoerd en heeft ook niet gevraagd om een andere beslissing op dit punt.

Slotsom

5.28 De bezwaren die de consument tegen de uitspraak van de Geschillencommissie heeft aangevoerd, zijn naar het oordeel van de Commissie van Beroep gegrond. De Commissie van Beroep zal haar beslissing in de plaats stellen van de beslissing van de Geschillen-commissie voor zover het gaat om de vorderingen van de consumenten tegen ING en

Nationale Nederlanden. Voor het overige zal de Commissie van Beroep de uitspraak van de Geschillencommissie in stand laten.

5.29 Het is niet gebleken dat de consumenten kosten voor het beroep hebben gemaakt die voor vergoeding in aanmerking komen.

6. Beslissing

De Commissie van Beroep:

6.1 stelt de volgende beslissing in de plaats van de beslissing die de Geschillencommissie heeft gegeven, voor zover het de vorderingen van de consumenten tegen ING betreft:

6.1.1 veroordeelt ING om aan de consumenten een hypothecaire lening te verstrekken ter aflossing van het overbruggingskrediet, voor zover dit krediet nog niet is afgelost, tegen dezelfde condities als de condities die golden voor de vervroegd afgeloste leningdelen van de financiering voor het verhuurde pand, de rente daarbij inbegrepen;

6.1.2 bepaalt dat ING deze hypothecaire lening niet hoeft te verstrekken, als de consumenten niet meewerken aan het gelijktijdig en op hun kosten vestigen van een recht van tweede hypotheek op de nieuwe woning ten behoeve van ING tot zekerheid voor het nakomen van de verplichtingen uit de te verstrekken hypothecaire lening en het resterende leningdeel van de eerder verleende financiering voor het verhuurde pand, voor welk hypotheekrecht de gebruikelijke bepalingen zullen gelden, zoveel mogelijk gelijk aan de bepalingen die golden voor het tweede hypotheekrecht van ING op de oude woning;

6.1.3 veroordeelt Nationale Nederlanden om in te stemmen met het vestigen van een recht van tweede hypotheek op de nieuwe woning ten behoeve van ING, zoals hiervoor is omschreven;

6.1.4 veroordeelt ING om aan de consumenten te vergoeden het verschil tussen de (netto) rente die zij over het overbruggingskrediet hebben moeten betalen en de (netto) rente die zij over het bedrag van de (niet-afgeloste) hoofdsom van het overbruggingskrediet zouden hebben moeten betalen, indien de financiering voor het verhuurde pand in stand was gebleven, te rekenen vanaf de datum van overdracht van de oude woning tot het moment dat het overbruggingskrediet wordt afgelost;

6.2 laat de uitspraak van de Geschillencommissie voor het overige in stand.