Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-168 d.d. 29 mei 2013
(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. B.F. Keulen en mr. P.A. Offers, leden en mr. E.E. Ribbers, secretaris)

Samenvatting

Hypothecaire geldlening met levensverzekering (spaarhypotheek). Rente op premiereserve is gekoppeld aan de door Consument te betalen hypotheekrente. Met behulp van Aangeslotene sluit Consument de spaarhypotheek over naar een bank. Na de oversluiting zet de verzekeraar de verzekering om in een gewone gemengde verzekering met winstdeling. Het verzekerde kapitaal wordt hierdoor lager en Consument blijft op de einddatum met een restschuld zitten. Consument heeft in februari 2006 een kopie van de gewijzigde polis waaruit de lagere verzekerde uitkeringen blijken, ontvangen. Consument stelt dat Aangeslotene had moeten onderzoeken of de verzekering ongewijzigd in stand kon blijven. Aangeslotene vindt dat Consument zich te laat heeft beklaagd en beroept zich op artikel 6:89 BW. Nu Consument in februari 2006 de gewijzigde polis heeft ontvangen had hij vanaf dat moment op de hoogte kunnen en moeten zijn van de gestelde tekortkoming van Aangeslotene. Door zijn klacht pas in oktober 2010 voor het eerst bij Aangeslotene in te dienen heeft Consument niet binnen bekwame tijd geklaagd. De klacht van Consument wordt om die reden niet-ontvankelijk verklaard.

Consument,

en

Steentjes Makelaars, gevestigd te Lichtenvoorde, 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 van Consument van 9 februari 2012 met bijlagen;
- de brief van Consument van 9 maart 2012;
- het door het door Consument ingevulde en op 9 maart 2012 ondertekende vragenformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene met bijlagen;
- de repliek van Consument met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 21 januari 2013 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1 In 2005 had Consument een spaarhypotheek lopen bij een verzekeraar. De spaarhypotheek betrof een hypothecaire geldlening met daarbij een levensverzekering (hierna: de "Verzekering") ter aflossing van de geldlening, waarbij de rentevergoeding op de premiereserve gekoppeld was aan de rente op de geldlening. De gegarandeerde uitkering uit hoofde van de Verzekering zou bij einde looptijd € 81.680,- bedragen. De maandpremie bedroeg € 149,57. In de loop van 2005 wilde Consument de spaarhypotheek oversluiten naar een spaarhypotheek bij X Bank (hierna: de "bank"). Aangeslotene (hypotheekadviseur) heeft bij de hypotheekaanvraag geadviseerd en bemiddeld en heeft deze ingediend bij de bank.

3.2 Volgens de ter zake van de Verzekering afgegeven polis maakte daarvan deel uit het aanhangsel G2. In dit polisaanhangsel was onder meer bepaald dat de Verzekering na aflossing maximaal twee jaar ongewijzigd in stand kon blijven. Gedurende die twee jaar kon de verzekeringnemer (i) de Verzekering opnieuw verpanden in het kader van een nieuwe door de verzekeraar te verstrekken hypothecaire geldlening of (ii) de Verzekering te doen omzetten in een gewone gemengde verzekering met winstdeling.

3.3 In het op 26 september 2005 gedateerde Hypotheekaanvraagformulier worden de details van de Verzekering vermeld en aangegeven dat de Verzekering moet dienen ter aflossing van een deel van de aangevraagde lening. In de begeleidende brief van 26 september 2005, gericht aan de Intermediairdesk Hypotheken van de bank, schrijft Aangeslotene onder meer het volgende:

"(….)
Bijgaand ontvang je van ons na overleg met (naam medewerker) de hypotheekaanvraag van de heer en mevrouw (naam Consument).
Deze post is door (naam medewerker) voorbesproken met (de heer A) van X te Y.
In deze hypotheek zit een stuk spaarhypotheek wat fiscaal neutraal moet worden overgedragen naar deze nieuwe hypotheek. Een kopie van de polis heb ik bijgesloten. Deze post komt over 5 jaar tot uitkering. Resterende deel aflossingsvrij.
(….)"

3.4 In de door Aangeslotene met software van de bank opgestelde offerte van 17 oktober 2005 staat onder meer het volgende:

(….)
"**De kenmerken van uw spaarlening van 81.680,00 EUR**
(….)

<u>Verzekering</u>	: lopende spaarverzekering (naam verzekeraar)
Kapitaal op einddatum	: 81.680,00 EUR, deze verzekering geeft tevens een uitkering bij overlijden. Voor de premie verwijzen

wij u naar de verzekeringsmaatschappij.
Rentegarantie : De rente op uw spaarsaldo is gelijk aan de rente op deze geldlening."

3.5 In een brief van 21 december 2005 gericht aan de assurantietussenpersoon van Consument schrijft de verzekeraar onder meer het volgende:
"(….)
Daar de verpanding door middel van oversluiting is komen te vervallen en wij in het bezit zijn gekomen van een nieuwe pandakte t.b.v. de X Bank, delen wij u het volgende mee.
Zonder tegenbericht zullen wij de verzekering met polisnummer 9147543 omzetten naar een gemengde winstdelende verzekering. Basis voor de berekening van het verzekerd kapitaal wordt de maandpremie van € 149,57 die nu voor deze verzekering betaald wordt.
(….)"

3.6 Vervolgens heeft de verzekeraar de Verzekering omgezet in een gewone gemengde verzekering met winstdeling. De verzekeraar heeft daarbij een nieuwe polis afgegeven. In deze op 21 februari 2006 gedateerde polis zijn de verzekerde uitkeringen als volgt omschreven:
"Verzekerde uitkering A
e 58.094,00 verschuldigd indien beide verzekerden in leven zijn op 28 april 2010, betaalbaar op 28 april 2010.
Verzekerde uitkering B
e 58.094,00 verschuldigd indien één der verzekerden overlijdt voor of gelijktijdig met de ander en voor 28 april 2010, betaalbaar terstond na overlijden."

3.7 In een email van 27 september 2010 schrijft een medewerker van de afdeling Klantbeheer Intermediair van de bank onder meer het volgende aan Aangeslotene:
"(….)
Uit het dossier blijkt dat er schijnbaar in 2005, bij de verstrekking van de hypotheek, al iets niet goed gegaan is. X heeft toen een Spaarhypotheek verstrekt, waarbij de Spaarpolis ongewijzigd voortgezet moest worden. Zoals het nu lijkt heeft Z de polis toen al gewijzigd in een gemen[g]de verzekering.
(….)"
Later die dag schrijft deze medewerker Aangeslotene onder meer:
"Navraag bij Z heeft uitgewezen dat de Spaarpolis bij passeren van de hypotheek in 2005 al is gewijzigd in een gemengde verzekering, hiervan is Assurantiekantoor (naam) overigens destijds wel op de hoogte gesteld. Conform aanvraag/hypotheekofferte had de Spaarpolis ongewijzigd meeverbonden moeten worden aan de toen afgesloten X Bank Spaarhypotheek.
(….)"

3.8 Bij brief van 6 oktober 2010 heeft Consument bij Aangeslotene een klacht ingediend over de omzetting van de Verzekering in een gewone gemengde verzekering.

3.9 In een brief van 12 juli 2011 van Aangeslotene aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening schrijft zij dat zij niet dezelfde persoon is als de assurantietussenpersoon van Consument maar daar volledig los van staat. Deze assurantietussenpersoon vroeg regelmatig of Aangeslotene wilde bemiddelen bij het afsluiten of wijzigen van hypotheekaanvragen. Dit is ook zo bij de hypotheekaanvraag in 2005 van Consument gebeurd. De Verzekering is volgens Aangeslotene afgesloten via de bemiddeling van de assurantietussenpersoon.

3.10 Door Consument is behalve tegen Aangeslotene ook een klacht tegen de bank bij de Commissie aanhangig gemaakt.

4. Geschil

4.1 Consument vordert dat Aangeslotene gehouden wordt om hem een bedrag van € 18.938,44 te betalen. Dit bedrag dient te worden vermeerderd met de tot het moment van betalen door Aangeslotene door haar in rekening gebrachte debetrente, de kosten van de door Consument ingeschakelde advocaat van € 1.481,75 en overige kosten van € 50,- voor telefoon en aangetekende brieven.

4.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag: Aangeslotene is toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens Consument. Consument voert in dit verband het volgende aan:

- Aangeslotene heeft Consument in 2005 niet geïnformeerd dat bij oversluiting van de spaarhypotheek de Verzekering niet in stand kon blijven en moest worden omgezet. Dit was echter niet de bedoeling van Consument. Uit de hypotheekaanvraag, de hypotheekberekening, de hypotheekakte en de door de bank verstrekte op 17 oktober 2005 gedateerde offerte blijkt juist dat het de bedoeling was dat de Verzekering ongewijzigd zou worden meeverbonden met de nieuwe lening;
- Aangeslotene heeft nagelaten te onderzoeken of de aangevraagde spaarhypotheek, derhalve met handhaving van de Verzekering, wel mogelijk was;
- Consument zou de spaarhypotheek niet hebben overgesloten indien hij vooraf van de omzetting had geweten;
- de assurantietussenpersoon heeft de brief van de verzekeraar uit december 2005 wel doorgezonden aan Consument maar Consument kon daaruit niet afleiden wat de gevolgen van de omzetting zouden zijn.

4.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd: Aangeslotene stelt dat de vordering van Consument op grond van het bepaalde in artikel 6:89 BW niet ontvankelijk is. Volgens Aangeslotene had Consument uit de brief van 21 december 2005 van de verzekeraar alsmede uit de gewijzigde polis en de winstbrieven al kunnen afleiden dat er sprake was van omzetting van de Verzekering en eerder dienen te klagen. Aangeslotene bestrijdt verder dat zij toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Consument. In dit kader stelt zij het volgende:

- Aangeslotene heeft vooraf de bank verzocht om de Verzekering in stand te laten. De Bank heeft aangegeven dat dat mogelijk is. Dit was voor Aangeslotene begrijpelijk omdat de verzekeraar en de bank tot hetzelfde concern behoren;
- Aangeslotene heeft niet kunnen voorzien dat de verzekeraar, in weerwil van de mededelingen van de bank, de Verzekering zou omzetten. Op grond van deze onvoorziene omstandigheid kan de daaruit voortvloeiende schade Aangeslotene niet worden toegerekend;
- uit de brief van 21 december 2005 van de verzekeraar over de omzetting had Consument kunnen afleiden dat er geen sprake meer was van een gegarandeerd

kapitaal nu de verzekeraar schreef dat de basis voor het verzekerde kapitaal de maandpremie van € 149,57 zou worden;
- mogelijk had Consument uit de jaarlijks door de verzekeraar toegezonden winstbrieven al hebben moeten afleiden dat de Verzekering was omgezet;
- de schadevergoeding is onjuist door Consument berekend omdat er geen rekening is gehouden met de bij instandhouding van de Verzekering te betalen hogere premie. Die hogere premie moet, evenals het rendement dat Consument op die later betaalde premie heeft kunnen maken, op de schadevergoeding in mindering worden gebracht;
- in de procedure tegen Aangeslotene is haar van betrokkenheid van een advocaat niets gebleken. Deze kosten komen derhalve niet voor vergoeding in aanmerking

5. Beoordeling

5.1 Aangeslotene voert als meest verstrekkend verweer aan dat Consument niet overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd en dat zijn klacht niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Aangeslotene heeft ter onderbouwing van haar stelling erop gewezen dat Consument uit de door hem ontvangen brief van 21 december 2005 van de verzekeraar, de in februari 2006 ontvangen gewijzigde polis en de jaarlijks door hem ontvangen winstdelingsbrieven zonder meer had kunnen en moeten begrijpen dat de Verzekering was gewijzigd en dat het gegarandeerde kapitaal was verlaagd. Desondanks heeft Consument Aangeslotene niet laten weten dat de Verzekering ten onrechte en tegen zijn zin was gewijzigd, althans daaromtrent nadere vragen aan Aangeslotene gesteld. Tegen die achtergrond voert Aangeslotene aan dat Consument niet binnen bekwame tijd nadat hij de vermeende tekortkoming van Aangeslotene heeft ontdekt of redelijkerwijze had behoren te ontdekken bij Aangeslotene heeft geprotesteerd. Consument heeft zodoende volgens Aangeslotene niet aan zijn klachtplicht voldaan, ook niet nadat het hem duidelijk had moeten zijn dat de gegarandeerde uitkering uit hoofde van de Verzekering was verlaagd.
Consument stelt dat hij pas in april 2010 bij de expiratie van de Verzekering heeft geconstateerd dat sprake was van een lagere uitkering en dat hij vervolgens navraag is gaan doen. Nadat hem, onder meer door de e-mail van de bank van 27 september 2010, duidelijk was geworden dat sprake was geweest van een mogelijke tekortkoming van Aangeslotene heeft hij vervolgens bij brief van 6 oktober 2010 bij Aangeslotene geklaagd.

5.2 Voor het antwoord op de vraag of tijdig in de zin van artikel 6:89 BW is geprotesteerd, moet acht worden geslagen op alle relevante omstandigheden, waaronder het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen de afwijking is geprotesteerd, en in elk geval ook op de waarneembaarheid van de afwijking, de deskundigheid van partijen, de onderlinge verhouding van partijen, de aanwezige juridische kennis en de behoefte aan voorafgaand deskundig advies. (Vergelijk r.o. 3.4 van HR 8 oktober 2010, LJN BM 9615)

5.3 In de onderhavige situatie is Aangeslotene in het kader van de omzetting van de spaarhypotheek opgetreden als adviseur en bemiddelaar en rustte op haar de verplichtingen om voorafgaand aan de omzetting Consument -rekening houdend met diens wens om de Verzekering ongewijzigd in stand te houden- volledige en begrijpelijke informatie over de omzetting te verschaffen alsmede om te onderzoeken of de door Consument gewenste omzetting en instandhouding van de Verzekering wel mogelijk was.

5.4 In het kader van de omzetting van de spaarhypotheek geldt Aangeslotene als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener terwijl in het onderhavige geval bij Consument een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreekt. Dit brengt mee dat Consument niet zonder meer op de hoogte behoeft te zijn van het bestaan van de hierboven bedoelde verplichtingen van Aangeslotene terwijl hij, indien hij daarvan wel op de hoogte is, in beginsel ervan mag uitgaan dat Aangeslotene die verplichtingen jegens hem naleeft. Het niet naleven van de betreffende verplichtingen is derhalve niet een tekortkoming van Aangeslotene die Consument zonder meer hoort op te merken. Op Consument rust dan ook pas op grond van artikel 6:89 BW een onderzoeks- en klachtplicht met betrekking tot de vraag of Aangeslotene haar verplichtingen jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die verplichtingen op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat Aangeslotene daarin kan zijn tekortgeschoten (Vergelijk r.o. 4.3.1- 4.3.2 van HR 8 februari 2013, LJN BY 4600.)

5.5 Consument heeft bevestigd dat hij de brief van 21 december 2005 van de verzekeraar via zijn assurantietussenpersoon heeft ontvangen. Tevens heeft Consument in februari 2006 de gewijzigde, op 21 februari 2006 gedateerde polis ontvangen. Hiernaast heeft Consument de stelling van Aangeslotene dat hij jaarlijks een winstdelingsbrief van de verzekeraar heeft ontvangen, niet weersproken, zodat de Commissie er vanuit gaat dat Consument jaarlijks een zodanige brief heeft ontvangen.

5.6 De Commissie stelt voorop dat van een verzekeringnemer mag worden verwacht dat hij kennis neemt van de inhoud van de door hem ontvangen polis (vergelijk onder meer r.o 5.9 van Geschillencommissie 2013/81 en r.o 5.3 van Geschillencommissie 2012/320). Dit geldt temeer indien, zoals in het onderhavige geval, het juist de bedoeling van Consument was dat de Verzekering bij de omzetting van de spaarhypotheek ongewijzigd in stand zou blijven en hem al bij brief van 21 december 2005 was aangekondigd dat de verzekering zou worden omgezet. Juist dan mag van Consument worden verwacht dat hij na ontvangst van de polis zou nakijken of de polis in overeenstemming met zijn bedoeling was opgesteld. In de gewijzigde polis staat vervolgens uitdrukkelijk als verzekerde uitkering bij in leven zijn van de verzekerde op de einddatum en bij overlijden van de verzekerde vóór de einddatum een bedrag van € 58.094,- vermeld. Dit is een aanzienlijk lagere verzekerde uitkering dan in de oorspronkelijk polis stond vermeld. Consument had dit verschil ook bij een slechts oppervlakkige controle van de polis kunnen en moeten constateren.

5.7 Bovenstaande in aanmerking genomen is de Commissie van oordeel dat Consument de hem toegezonden gewijzigde polis had moeten nakijken en dat hij daaruit meteen had kunnen en moeten begrijpen dat de omzetting niet in overeenstemming met zijn

wensen was uitgevoerd.
Dit betekent dat Consument in ieder geval begin 2006 redelijkerwijs had moeten ontdekken dat, zoals hij thans stelt, Aangeslotene jegens hem was tekortgeschoten door niet er voor te zorgen dat de Verzekering na oversluiting ongewijzigd werd voortgezet. Op grond van artikel 6:89 BW had Consument vanaf dat moment binnen bekwame tijd dienen te protesteren. Daarbij moet hem een redelijke tijd van beraad worden gegund. Die redelijke tijd kan -afhankelijk van de omstandigheden van het geval- enkele maanden omvatten maar geen jaren. Aangezien vaststaat dat Consument zijn eerste klacht pas bij brief van 6 oktober 2010 aan Aangeslotene heeft gezonden is de Commissie van oordeel dat Consument niet binnen bekwame tijd bij Aangeslotene heeft geprotesteerd en dat zijn klacht niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

5.8 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de klacht van Consument op grond van het bepaalde in artikel 6:89 BW niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Alle overige door partijen aangevoerde stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie verklaart, als bindend advies, de klacht van Consument niet-ontvankelijk.

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. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.