Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-014
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mr. M.C.M. van Dijk en mr. J.W.M. Lenting, leden en mr. C.I.S. Dankelman, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 18 januari 2017
Ingediend door	: Consument
Tegen	: De Hypothekers Associatie B.V., gevestigd te Rotterdam, verder te noemen de Adviseur
Datum uitspraak	: 8 januari 2018
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Consument stelt dat de Adviseur tekortgeschoten is in de nakoming van de zorgplicht jegens Consument. De Commissie komt tot het oordeel dat het klachtonderdeel dat ziet op de looptijdverlenging van de geldlening en beleggingsverzekering gegrond is. Vanwege deze tekortkoming van de Adviseur acht de Commissie een schadevergoeding op zijn plaats. De Commissie stelt de schadevergoeding ex aequo et bono vast op € 5.000,--. De overige door Consument aangevoerde klachtonderdelen zijn ongegrond. Nu Consument gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld, wordt de Adviseur veroordeeld in de juridische kosten conform het Liquidatietarief Kifid (kostenvergoeding voor rechtsbijstand) behorende bij artikel 44.1 van het Reglement.

1. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van de Adviseur;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Adviseur;
- de tijdens de zitting overgelegde pleitnotitie van de Adviseur.

De klacht tegen de Adviseur is behandeld tezamen met de daarmee samenhangende klacht tegen SRLEV N.V. [dossiernummer Y]. Deze twee klachten zullen worden beoordeeld in twee afzonderlijke uitspraken.

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

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 8 december 2017 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument en zijn echtgenote hebben zich op 7 februari 1997 voor advies ter zake van de omzetting van een hypothecaire geldlening van NLG 137.000,-- lopend bij de Direktbank N.V. gewend tot De Hypotheker Middelburg. De betrokken adviseur was de heer [Naam Adviseur]. Via [Naam Adviseur] heeft Consument op 7 februari 1997 een offerte aangevraagd tot het oversluiten van de hypothecaire geldlening per 1 maart 1997 naar een spaarhypotheek van NLG 147.000,-- bij Pensioenfonds ABP (hierna: 'ABP').

2.2 ABP heeft op 12 februari 1997 een hypotheekofferte verstrekt die Consument en zijn echtgenote op 24 februari 1997 hebben ondertekend. Aan de spaarhypotheek is een spaarverzekering gekoppeld, afgesloten bij Stad Rotterdam Verzekeringen (hierna: 'SRV'). De spaarverzekering bij SRV is op 12 juni 1997 ingegaan en kent op de einddatum van 1 juli 2025 een gegarandeerd eindkapitaal van € 66.706,--.

2.3 Consument heeft in 2006 contact opgenomen met de heer [Naam Adviseur], die inmiddels werkzaam is bij de Adviseur, voor hypotheekadvies ter zake de financiering van een nieuw aan te kopen woning.

2.4 Op 18 januari 2006 heeft tussen partijen een inventarisatiegesprek plaatsgevonden. De Adviseur heeft tijdens dit gesprek de financiële situatie, wensen en doelstellingen van Consument en zijn echtgenote geïnventariseerd.

2.5 Na het gesprek met de Adviseur hebben Consument en zijn echtgenote voor de financiering van de nieuwe woning besloten een hypothecaire geldlening (hierna: 'de geldlening') bij Obvion N.V. (hierna: 'Obvion') af te sluiten. De geldlening bestaat met ingang van 1 februari 2007 uit twee leningdelen, te weten een aflossingsvrije hypotheek van € 195.500,-- en een levenhypotheek van € 100.000,--. Beide leningdelen kennen een looptijd van dertig jaar tot 1 februari 2037.

2.6 Ter meerdere zekerheid voor aflossing van de levenhypotheek hebben Consument en zijn echtgenote op 22 februari 2006 een aanvraagformulier voor het Verzekerd Hypotheekplan voor akkoord ondertekend. Het Verzekerd Hypotheekplan wordt aangeboden door SRLEV Leven (hierna: 'de Verzekeraar') en is een beleggingsverzekering. Consument heeft gekozen voor een belegging in het Actief Beheer Depot, een fonds met een gemiddeld risico. Op het aanvraagformulier voor de beleggingsverzekering is opgenomen dat een eerste storting van € 11.398,-- zal worden verricht en dat de beleggingsverzekering in box 1 geplaatst moet worden.

2.7 Op 2 februari 2007 heeft Consument een servicecertificaat van de Adviseur ontvangen. Het servicecertificaat vermeldt:

"De Hypotheker stelt u hierbij voor de duur van de hypotheek kosteloze service, bemiddeling en advies ter beschikking. Als onze relatie kunt u vertrouwen op een deskundige behandeling van uw vragen over financiële aspecten van het woningbezit."

In de begeleidende brief is, voor zover relevant, het volgende opgenomen:

"Ook na het bezoek aan de notaris en de afronding van uw hypotheek, kunt u namelijk op onze service blijven rekenen.
Dit servicecertificaat is voor u de garantie dat u altijd en vrijblijvend bij ons terechtkunt met uw vragen.

Ook voor advies inzake andere financiële beslissingen bent u bij ons aan het juiste adres. Onze Financiële Coach staat vrijblijvend en kosteloos voor u klaar als het gaat over uw financiële toekomst."

2.8 Consument en zijn echtgenote hebben op 8 mei 2007 een verzoek tot afkoop en overmaking van de afkoopwaarde van de spaarverzekering naar de Verzekeraar onder vermelding van 1e storting bij de rechtsopvolger van SRV ingediend.

2.9 De Verzekeraar heeft Consument op 17 augustus 2007 een afschrift van de polis doen toekomen. Voor zover relevant, staat op het polisblad:

Op grond van de ontvangen aanvraag garandeert AXA Leven N.V. de verzekerde uitkeringen, als omschreven in deze polis, uit te keren op voorwaarden en op tijdstippen in de polis en aanhangsels vermeld.

Ingangsdatum : 1 februari 2007

Einddatum : 1 februari 2037

Verzekeringnemer : (a) [redacted]
(b) [redacted]

Verzekerde : (a) [redacted]
(b) [redacted]

(…)

Bijzondere aantekening

De verzekering van een uitkering bij in leven zijn van de verzekerde is een kapitaalverzekering eigen woning als bedoeld in de Wet inkomstenbelasting 2001.
Deze uitkering wordt aangewend ter gehele of gedeeltelijke aflossing van de eigenwoningschuld van de verzekeringnemer, diens echtgeno(o)t(e) of van degene met wie de verzekeringnemer duurzaam een gezamenlijke huishouding voert, waarvoor de verzekeringnemer, diens echtgeno(o)t(e) of degene met wie de verzekeringnemer duurzaam een gezamenlijke huishouding voert bij de respectieve aangiften inkomstenbelasting heeft/hebben verklaard dat, dan wel gehandeld alsof, het een eigen woning in de zin van hiervoor genoemde wet is.

In de begeleidende brief is met betrekking tot het rendement van de levensverzekering vermeld:

"Op basis van het bruto voorbeeldrendement van 8,00 procent (netto 7,01 procent) voor genoemde beleggings-/modeldepot(s) is het voorbeeldkapitaal op de einddatum van de polis, 1 februari 2037, 100.000 euro. Bij de bepaling van dit voorbeeldkapitaal zijn eventuele nog niet ontvangen extra stortingen buiten beschouwing gelaten.
(…)

Nadrukkelijk wordt hierbij vermeld dat u geen rechten kunt ontlenen aan de voorbeeldafkoopwaarden/ -kapitalen, zelfs niet aan de meest pessimistische. AXA is niet aansprakelijk voor tegenvallende beleggingsresultaten."

2.10 Consument is op 5 november 2012, 27 maart 2013, 14 oktober 2013 en in november 2014 aangeschreven door de Verzekeraar over de levensverzekering. Consument is in deze berichten gewezen op de tegenvallende resultaten en de ingehouden kosten van de levensverzekering en geïnformeerd over de mogelijkheid om over te stappen naar een andere vorm van verzekeren of een vorm van sparen.

2.11 In het kader van een hersteladvies van beleggingsverzekeringen hebben partijen in juli 2015 met elkaar gesproken. Tijdens dit gesprek heeft de Adviseur Consument geïnformeerd over de ontwikkeling van de beleggingsverzekering en hem gewezen op de invloed van de premie van de overlijdensrisicoverzekering op de waarde van de beleggingsverzekering. Verder heeft de Adviseur alternatieven voor de beleggingsverzekering met Consument besproken. Naar aanleiding van dit gesprek heeft de Adviseur bij de Verzekeraar een offerte ter zake het voortzetten van de beleggingsverzekering zonder overlijdensrisicodekking opgevraagd.

2.12 De Verzekeraar heeft per brief van 27 juli 2015 een offerte verstrekt voor het voortzetten van de beleggingsverzekering zonder overlijdensrisicodekking. Consument heeft deze offerte niet voor akkoord aan de Verzekeraar geretourneerd.

2.13 Op 24 september 2015 heeft tussen partijen een vervolggesprek plaatsgevonden. In de gespreksaantekeningen van de Adviseur staat vermeld:

"1 Optie oversluiten in kaart brengen.
2 berekening met / en zonder de boeterente
3 Rentemiddeling mogelijk ja/nee
4 afhankelijk van 1 en 3 wel of niet splitsen van de polis
5 opd €295,–
wordt bij oversluiten in mindering"

2.14 Naar aanleiding van het vervolggesprek heeft de Adviseur Consument op 3 december 2015 een Adviesrapport Hypotheek oversluiten (hierna: 'Adviesrapport'), een opdracht tot dienstverlening en een eenmalige incassomachtiging toegestuurd. In het Adviesrapport heeft de Adviseur inzicht gegeven in verschillende opties voor oversluiting. Voor zover relevant is in het Adviesrapport opgenomen:

Vermogensopbouw en risicoafdekking

Maatschappij	*AXA Leven (geen nieuwe aanvragen)
Vorm	Verzekerd Hypotheek Plan
Ingangsdatum	01-02-2007
Duur	30 jaar
Einddatum	01-02-2037
Waarde op einddatum / spaardoel	€ 100.000
Box eindwaarde	Box 1
Indicatie huidige waarde	€ 17.131
ORV kapitaal klant 1	€ 150.000
Box ORV klant 1	Box 1
ORV kapitaal klant 2	€ 150.000
Box ORV klant 2	Box 1
Premie / inleg per jaar	€ 949
Duur premie / inleg	30 jaar
Einddatum premie / inleg	01-02-2037

(…)

3.5 Hypotheekverleden

In onderstaande tabel ziet u per leningdeel de begin- en einddatum van de fiscale hypotheekrenteaftrek. In onze berekeningen houden wij rekening met uw recht op hypotheekrenteaftrek en laten wij u tevens zien wat de gevolgen zijn indien deze aftrek op termijn vervalt.

Nr.	Bedrag	Begindatum renteaftrek	Einddatum renteaftrek	Renteaftrek klant 1	Renteaftrek klant 2
1	€ 100.000	01-02-2007	01-02-2037	50%	50%
2	€ 195.500	01-02-2007	01-02-2037	50%	50%

2.15 Per e-mail van 5 januari 2016 heeft Consument de Adviseur een aantal vragen gesteld. De vragen van Consument hebben onder meer betrekking op de kosten van het Adviesrapport. In reactie hierop heeft de Adviseur Consument bericht dat het servicecertificaat van 2 februari 2007 ziet op de huidige geldlening en de opdracht tot het opmaken van een rapport met betrekking tot het oversluiten van de geldlening niet onder het servicecertificaat valt.

2.16 Partijen hebben op 28 januari 2016 afgesproken dat de Adviseur wacht met het incasseren van de kosten voor het Adviesrapport totdat Consument een besluit over het al dan niet oversluiten van de geldlening heeft genomen. Consument heeft de incassomachtiging ondertekend bij de Adviseur achtergelaten.

2.17 Op 10 februari 2016 heeft de Verzekeraar een offerte tot afkoop van de levensverzekering aan Consument verstrekt. De afkoopwaarde op dat moment bedroeg € 16.104,77.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert dat de Adviseur wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem te lijden schade.
Het gaat om de volgende schadeposten:

(i) de schade als gevolg van het feit dat fiscaal geen renteaftrek mogelijk is in de periode 1 januari 2031 tot 1 februari 2037 ter hoogte van € 9.157,38;

(ii) de schade die ontstaat doordat de beleggingsverzekering vanaf 2012 in Box 3 wordt belast ten bedrage van € 5.381,78;

(iii) de schade als gevolg van het niet passende advies ter hoogte van € 52.940,19. Voor het verschil in uitkeringen van beide verzekeringen (SRV en SRLEV) en het verschil in premies tussen die verzekeringen een bedrag van € 36.034,22 en doordat de uitkering van de beleggingsverzekering in 2037 in plaats van in 2025 plaatsvindt aan netto renteverlies een bedrag van € 16.905,97;

(iv) de door Consument in 2007 en in 2016 betaalde advieskosten met een totaal van € 3.295,--; en

(v) de kosten van de door Consument ingeschakelde financieel deskundige, begroot op € 3.000,--.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de grondslag dat de Adviseur is tekortgeschoten in de nakoming van de zorgplicht jegens Consument. Hiertoe voert Consument de volgende argumenten aan:

- de fiscaal geruisloze voortzetting van de spaar- naar de beleggingsverzekering is niet goed verlopen en de beleggingsverzekering voldoet hierdoor niet aan de fiscale eisen die gelden voor een Kapitaalverzekering Eigen Woning (hierna: 'KEW');
- Consument is bij het advies in 2007 onvoldoende voorgelicht over de onzekere opbrengst van de beleggingsverzekering en de verschillen tussen de spaar- en de beleggingsverzekering. Indien de Adviseur de gevolgen met behulp van berekeningen inzichtelijk had gemaakt, had Consument er niet voor gekozen om de spaarverzekering te beëindigen. De beleggingsverzekering is uiteindelijk vele malen duurder dan de spaarverzekering;
- de geldlening is in 2007 opnieuw voor dertig jaar afgesloten terwijl de hypotheekrente maar tot 1 januari 2031 fiscaal aftrekbaar is. Op dat moment is de beleggingsverzekering eveneens voor dertig jaar afgesloten, terwijl deze in 2027 fictief tot uitkering komt;
- van een schending van de schadebeperkingsplicht is geen sprake. Het is Consument niet duidelijk wat hij momenteel onder een goed advies moet verstaan;
- gelet op het servicecertificaat had de Adviseur geen kosten voor het Adviesrapport in rekening mogen brengen;
- het door de Adviseur in 2006 verstrekte advies is niet vastgelegd in een adviesrapport, althans heeft Consument het, ondanks verzoeken hiertoe, niet in zijn bezit.

Consument heeft meerdere malen aangegeven in te stemmen met een gesprek met de Adviseur, maar hij wil eerst de benodigde stukken ontvangen zodat hij goed voorbereid het gesprek in kan gaan;
- Consument weet pas sinds vorig jaar dat het advies niet deugde en de beleggingsverzekering niet als KEW kwalificeert; van verjaring kan dan ook geen sprake zijn.

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

KEW-clausule

4.1 Het eerste klachtonderdeel van Consument ziet op de in 2007 afgesloten beleggingsverzekering bij de Verzekeraar. Het was de wens van Consument om de in 1997 afgesloten spaarverzekering fiscaal geruisloos voort te zetten in de beleggingsverzekering. Op het aanvraagformulier heeft de Adviseur aangegeven dat de waarde van de spaarverzekering moest worden ingebracht als eerste storting en is eveneens aangegeven dat het om een Box 1 verzekering gaat. Op het polisblad is ook vermeld dat sprake is van een Kapitaalverzekering Eigen Woning (hierna: KEW'). Consument heeft echter in april 2016 van de Verzekeraar vernomen dat de beleggingsverzekering niet voldoet aan de fiscale eisen die gelden voor een KEW. De Verzekeraar heeft toegelicht dat het hem op het moment van opmaak van de polis niet bekend was dat sprake was van een fiscale voortzetting. De Verzekeraar heeft, na ontvangst van het premieverleden van de spaarverzekering, alsnog de fiscale voortzetting op de beleggingsverzekering kunnen aantekenen. De Verzekeraar heeft een nieuw polisblad voor Consument opgemaakt. Op het polisblad is vermeld dat de beleggingsverzekering een voortzetting van een kapitaalverzekering met oorspronkelijke ingangsdatum 12 juni 1997 betreft. De Verzekeraar heeft de Belastingdienst over deze wijziging geïnformeerd. Nu de Verzekeraar de beleggingsverzekering alsnog heeft kunnen aanmerken als KEW kan in het midden gelaten worden of een verwijt kan worden gemaakt aan de Adviseur dan wel aan de Verzekeraar. Aangezien hier geen schade uit voortvloeit, behoeft dit klachtonderdeel geen verdere bespreking.

Advies beleggingsverzekering

4.2 Het tweede klachtonderdeel van Consument heeft betrekking op het vervangen van de in 1997 afgesloten spaarverzekering met een gegarandeerd eindkapitaal door een beleggingsverzekering zonder gegarandeerd eindkapitaal. Consument stelt dat de Adviseur hem onvoldoende heeft voorgelicht over het onzekere karakter van de beleggingsverzekering en de verschillen tussen de spaar- en de beleggingsverzekering voor hem niet inzichtelijk heeft gemaakt.

4.3 Het meest verstrekkende verweer van de Adviseur is dat de vordering van Consument op dit klachtonderdeel is verjaard. Bij de beoordeling van het beroep op verjaring stelt de Commissie voorop dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade ingevolge artikel 3:310 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Met betrekking tot de schade geldt dat het voldoende is dat de benadeelde bekend is geworden met de schade die hij heeft geleden of zal lijden. De Commissie overweegt in dat verband dat, los van hetgeen tussen partijen besproken is, in de begeleidende brief bij het polisblad in heldere bewoordingen is vermeld dat het bruto rendement van 8% een voorbeeldkapitaal is waaraan geen rechten kunnen worden ontleend. Voorts staat vast dat Consument, zoals door hem niet betwist, vanaf januari 2008 van de Verzekeraar jaaroverzichten heeft ontvangen waarop eveneens de waardeontwikkeling van de beleggingen staat genoteerd. Consument had, voor zover hij dat niet al in 2006 wist, op grond daarvan uiterlijk in januari 2008 moeten ontdekken dat het doelkapitaal een voorbeeldkapitaal betreft en de kans aanwezig was dat het voorbeeldkapitaal gebaseerd op 8% rendement niet behaald zou worden. De Commissie beschouwt het als een feit van algemene bekendheid dat beleggen een zekere mate van risico in zich bergt en het had voor Consument kenbaar moeten zijn dat dit ook bij de beleggingsverzekering het geval was. De Commissie is daarom van oordeel dat als begin van de verjaringstermijn heeft te gelden januari 2008.

4.4 Op grond van de artikelen 3:316 en 3:317 van het BW kan de benadeelde het verstrijken van een verjaringstermijn op verschillende manieren voorkomen: namelijk door zijn vordering in een gerechtelijke procedure aan een rechter voor te leggen of door de wederpartij een schriftelijke aanmaning of andere schriftelijke mededeling te zenden waarin hij zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Het is echter niet gebleken dat Consument dergelijke maatregelen heeft genomen in de vijf jaar na aanvang van de verjaringstermijn (januari 2008). Immers, afgaande op de stukken heeft Consument zich in april 2016 voor het eerst bij de Adviseur beklaagd over het rendement op de beleggingsverzekering en op 18 januari 2017 de klacht bij Kifid aanhangig gemaakt. Dit betekent dat de vordering van Consument op dit klachtonderdeel is verjaard.

4.5 Gelet op de voorgaande overwegingen, kan de Commissie niet anders dan concluderen dat de vordering van Consument is verjaard. De vraag of Consument aan zijn klachtplicht op grond van artikel 6:89 BW heeft voldaan kan derhalve buiten beschouwing blijven.

Looptijdverlenging hypothecaire geldlening en beleggingsverzekering

4.6 Dit klachtonderdeel ziet op het advies van de Adviseur om de looptijd van de geldlening en de beleggingsverzekering opnieuw op dertig jaar vast te zetten. Volgens Consument heeft de Adviseur hem onvolledig geadviseerd door hem niet te wijzen op de consequenties van het verlengen van de looptijd van de geldlening en de beleggingsverzekering.

4.7 Het meest verstrekkende verweer van de Adviseur is dat de vordering van Consument op dit klachtonderdeel eveneens is verjaard.

Zoals reeds vermeld in rechtsoverweging 4.3 stelt de Commissie voorop dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade ingevolge artikel 3:310 lid 1 BW verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Met betrekking tot de schade geldt dat het voldoende is dat de benadeelde bekend is geworden met de schade die hij heeft geleden of zal lijden. Consument stelt zich op het standpunt dat hem pas in 2016 bekend is geworden dat het advies dat de Adviseur in 2006 heeft gegeven niet deugde en dat hij pas op dat moment bekend is geworden met de negatieve gevolgen van de looptijdverlenging van de geldlening en de beleggingsverzekering tot 1 februari 2037. De Adviseur betwist dat dit het geval is en voert aan dat Consument reeds in 2007 bekend was met de gekozen constructie. De Adviseur heeft aangevoerd dat de looptijdverlenging die op dat moment met Consument is besproken, overeenstemt met de wens tot lagere maandlasten en volgt uit het aanvraagformulier, de dekkingsbevestiging en het polisblad. Logischerwijs was Consument er op dat moment ook mee bekend dat een langere looptijd impliceert dat hij ook langer rente moet betalen, welke rente na een gegeven moment niet meer aftrekbaar zou zijn.

4.8 De Commissie stelt vast dat Consument kort na april 2016, het moment dat hij van de Verzekeraar vernomen had dat de beleggingsverzekering niet voldeed aan de fiscale eisen voor een KEW, bij de Adviseur heeft geklaagd over de looptijdverlenging. Consument heeft toegelicht dat hij zich vanaf dat moment heeft laten bijstaan door een deskundige en bekend is geworden met de schade. Niet valt in te zien dat er bij Consument op een eerder tijdstip sprake was van bekendheid met de negatieve gevolgen van looptijdverlenging op basis waarvan geoordeeld zou moeten worden dat zijn aanspraak op de schadevergoeding is verjaard. Dat de Adviseur de gevolgen met Consument heeft besproken, blijkt nergens uit. De stelling van de Adviseur dat Consument redelijkerwijs had moeten begrijpen dat een nieuwe looptijd van dertig jaar voor zowel de beleggingsverzekering als de geldlening impliceert dat Consument vanaf een bepaald moment rente moet betalen welke fiscaal niet meer aftrekbaar is, volgt de Commissie niet. Consument was derhalve niet bekend met de schade. Het beroep van de Adviseur op verjaring slaagt dan ook niet.

4.9 De Adviseur stelt zich verder op het standpunt dat Consument zijn klacht niet binnen bekwame tijd bij de Adviseur heeft ingediend op grond van artikel 6:89 BW. De Commissie overweegt dat artikel 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, dient acht te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie, alsmede ook de deskundigheid van de schuldeiser. Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op grond van artikel 6:89 BW is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het (late) tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd.

4.10 In dit verband dient een rechter - en ook de Commissie - rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld, te weten het (rechtens) niet meer kunnen afdwingen van zijn rechten ter zake van de tekortkoming, en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar 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. Zie Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600. De Commissie is van oordeel dat Consument de klacht wel binnen bekwame tijd aan de Adviseur heeft voorgelegd nu de Commissie, zoals vermeld in rechtsoverweging 4.8 niet aannemelijk acht dat Consument reeds bekend kon zijn met alle informatie die hij nodig had om zich bewust te zijn van de gevolgen van de looptijdverlenging. Nu Consument heeft gesteld dat hij pas in april 2016, na raadpleging van een deskundige, heeft begrepen dat aan het verlengen van de looptijd van zowel de beleggingsverzekering als de geldlening negatieve consequenties kleven, is de in artikel 6:89 BW bedoelde termijn naar het oordeel van de Commissie pas op dat moment gaan lopen. Voorts heeft de Adviseur onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij schade heeft geleden doordat Consument zich niet eerder heeft beklaagd. Verder is niet gebleken dat het voor de Adviseur onmogelijk is om bewijsstukken te leveren of dat zij anders maatregelen had getroffen om eventuele schade voortvloeiende uit het advies te beperken. Dit brengt mee dat het beroep van de Adviseur op artikel 6:89 BW dient te worden verworpen.

Inhoudelijke beoordeling

4.11 De Commissie oordeelt dat de rechtsverhouding tussen Consument 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 Consument 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.

4.12 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 Consument omtrent zijn 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 Consument. 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 cliënten 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.

4.13 Consument stelt zich op het standpunt dat de Adviseur niet als een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur heeft gehandeld door hem niet te informeren over de consequenties verbonden aan het verlengen van de looptijd van de geldlening en het voortzetten van de beleggingsverzekering met een nieuwe periode van dertig jaar. De Adviseur stelt zich echter op het standpunt dat het verlengen van de looptijd in lijn lag met de door Consument en zijn echtgenote geuite wens voor lage maandlasten. Het voordeel van een langere looptijd woog op tegen het nadeel van langer rente betalen en geen gebruik meer kunnen maken van de fiscale aftrek van de hypotheekrente. Ter zitting heeft Consument aangegeven dat hij geen herinnering heeft aan het adviesgesprek dat in 2006 heeft plaatsgevonden, maar dat hij ook geen stukken heeft ontvangen waaruit blijkt dat het wel met hem besproken is of anderszins is gewezen op de consequenties van de langere looptijd. In reactie hierop heeft de Adviseur toegelicht dat het dossier nog in zijn bezit is, maar dat nergens uit blijkt dat de consequenties zijn besproken of kenbaar zijn gemaakt, maar dat hij het ervoor houdt dat deze wel zijn meegenomen in het advies en besproken zijn.

4.14 Op basis van hetgeen in de stukken staat beschreven en hetgeen ter zitting is besproken, komt de Commissie tot het oordeel dat niet is komen vast te staan en evenmin aannemelijk is geworden dat de Adviseur de consequenties van zowel het verlengen van de looptijd van de geldlening als de beleggingsverzekering aan Consument kenbaar heeft gemaakt. De Adviseur heeft hiermee zijn zorgplicht jegens Consument geschonden. De Commissie heeft, bij gebrek aan stukken over het advies in 2006, het Adviesrapport van 3 december 2015 als uitgangspunt genomen. In het Adviesrapport heeft de Adviseur per leningdeel de begin- en einddatum van de fiscale hypotheekrenteaftrek vermeld. In dat kader is in een tabel als einddatum van de renteaftrek voor beide leningdelen 1 februari 2037 opgenomen. Dit had echter 1 januari 2031 moeten zijn. De einddatum van de fiscaliteit van de beleggingsverzekering is in het geheel door de Adviseur niet benoemd. De Adviseur heeft hiermee onvoldoende onderkend dat Consument niet voor de volledige looptijd van de hypothecaire geldlening in aanmerking komt voor de fiscale aftrek van de hypotheekrente en de fiscaliteit van de beleggingsverzekering in 2027 wijzigt. Het had op de weg van de Adviseur gelegen om Consument te wijzen op de nadelen van het verlengen van de looptijd zodat Consument een weloverwogen beslissing had kunnen nemen. Dat de gewenste financiering mogelijk niet verkregen kon worden met een kortere looptijd is door Consument gemotiveerd betwist en had de Adviseur niet kunnen ontslaan van bovenstaande verplichting om Consument te informeren over nadelige consequenties.

4.15 Vanwege deze tekortkoming van de Adviseur acht de Commissie een schadevergoeding op zijn plaats. De Commissie stelt de schadevergoeding ex aequo et bono vast op € 5.000,00 en zij licht dit bedrag als volgt toe.

4.16 De Commissie neemt voor de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding in aanmerking dat er een groot aantal onzekerheden is. Immers niet is komen vast te staan dat Consument bij een juist advies niet voor de gekozen constructie zou hebben gekozen. Voorts is de uitkering van de levensverzekering afhankelijk van de beleggingsresultaten aan het eind van de looptijd.

Ook is de vraag of Consument niet in het kader van zijn schadebeperkingsplicht alsnog dient te kiezen voor een onbelaste uitkering in 2027 in plaats van de verzekering te laten doorlopen tot 2037 met de daaraan verbonden fiscale consequenties. Bovendien is moeilijk te voorspellen hoe de fiscale regels in de toekomst zullen zijn. Ten slotte is er een zekere mate van eigen schuld bij Consument omdat hij niet schadebeperkend is opgetreden. Daarvoor is van belang dat Consument door de Verzekeraar verscheidene malen is gewezen op en met de Adviseur heeft gesproken over de waardeontwikkeling van de beleggingsverzekering en de invloed van de premie van de overlijdensrisicoverzekering op de waarde. Desondanks heeft Consument besloten de beleggingsverzekering (ongewijzigd) voort te zetten.

Advieskosten

4.17 Consument vordert terugbetaling van de advieskosten uit 2016 (€ 3.000,--) en uit 2015 (€ 295,--). Voor de terugbetaling van genoemde € 3.000,-- voert hij aan in 2006 geen goed en passend advies gekregen te hebben. De Commissie overweegt dat in verband met het gegeven advies aan Consument, naar uit het voorgaande volgt, een schadevergoeding wordt toegekend. Dan is er geen plaats voor restitutie van de advieskosten. Voor de terugbetaling van genoemde € 295,-- doet Consument een beroep op het servicecertificaat.

4.18 De Commissie stelt vast dat onduidelijkheid is ontstaan over de reikwijdte van het servicecertificaat. In een dergelijk geval dient op grond van bestaande jurisprudentie als uitgangspunt te gelden dat wordt geoordeeld aan de hand van het zogenoemde 'Haviltex-criterium'. Dit houdt in dat dient te worden gekeken naar '*de zin die partijen over en weer aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en hetgeen zij in dat kader redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten*' (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635). Hierbij dienen alle omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Een zuiver taalkundige uitleg is derhalve niet doorslaggevend.

4.19 Ter discussie staat wat dient te worden verstaan onder 'kosteloze service, bemiddeling en advies voor de duur van de hypotheek'. Consument heeft gesteld dat het servicecertificaat inhoudt dat hij gedurende de looptijd van de geldlening geen kosten voor advies verschuldigd zou zijn. Consument kan niet inzien wat het servicecertificaat anders inhoudt. De Adviseur heeft de stelling van Consument gemotiveerd betwist en aangevoerd dat het servicecertificaat betrekking heeft op de op dat moment afgesloten geldlening. De in rekening gebrachte kosten zien op een inzichtrapport met betrekking tot het oversluiten van de geldlening. Dit valt niet onder het servicecertificaat.

4.20 De Commissie oordeelt met in acht neming van de relevante feiten en omstandigheden van dit specifieke geval dat 'de duur van de hypotheek' ziet op de op dat moment door Consument bij Obvion afgesloten geldlening en niet op werkzaamheden die de Adviseur nadien heeft gefactureerd. De Commissie overweegt dat de uitleg van de Adviseur over de reikwijdte van het servicecertificaat een redelijke uitleg is. Daarbij komt dat Consument expliciet door de Adviseur is gewezen op het verschuldigde honorarium met betrekking tot het inzichtrapport en hiermee akkoord is gegaan.

Dit in ogenschouw nemende dient te worden geoordeeld dat sprake is van werkzaamheden voor een mogelijke andere hypothecaire geldlening en dat niet kan worden gesteld dat het servicecertificaat hierop van toepassing moet worden verklaard.

Conclusie

4.21 Resumerend komt de Commissie tot het oordeel dat het klachtonderdeel dat ziet op de looptijdverlenging van de geldlening en beleggingsverzekering gegrond is. De overige door Consument aangevoerde klachtonderdelen zijn ongegrond.

4.22 Nu Consument gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld, wordt de Adviseur veroordeeld in de juridische kosten conform het Liquidatietarief Kifid (kostenvergoeding voor rechtsbijstand) behorende bij artikel 44.1 van het Reglement. Voor dit onderdeel wijst de Commissie – op basis van één procespunt voor de (gehele) schriftelijke fase en één procespunt voor de mondelinge behandeling – een bedrag toe van € 200,-.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat de Adviseur binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag van € 5.000,-- te vermeerderen met een bedrag van € 200,- aan kosten voor de gemachtigde van Consument in de procedure bij het Kifid.

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 46 van het Reglement.