Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0173
(mr. J. van der Groen, voorzitter, T.I. van Bommel-Scheffer,
mr. dr. M.D.H. Nelemans, leden en mr. C.I.S. Dankelman, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 1 juli 2020
Ingediend door	: De heer [naam consument 1] en mevrouw [naam consument 2], verder te noemen de consumenten
Tegen	: Kroeze Advies, gevestigd te 's-Hertogenbosch, verder te noemen de adviseur
Datum uitspraak	: 24 februari 2021
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen

Samenvatting

Zorgplicht, hypotheekadvies, kapitaalverzekering eigen woning. Volgens de consumenten is de adviseur in zijn verplichtingen jegens de consumenten tekortgeschoten door hen in 2009 niet te informeren over de overschrijding van de bandbreedtenorm van een KEW, de monitoring van de feitelijke uitvoering van de oplossing bij overschrijding en hen in 2014 te hebben voorzien van een onjuist / niet uitvoerbaar hypotheekadvies. De commissie komt tot het oordeel dat de adviseur in beide adviezen gelet op de omstandigheden van dit geval geen verwijt valt te maken. Op de adviseur rust in beginsel in het kader van zorgplicht geen verplichting om te waken voor overschrijding van de bandbreedte-norm van een KEW. Verder is het de commissie niet gebleken dat de adviseur onvoldoende voortvarend heeft gehandeld of voor communicatieproblemen tussen partijen heeft gezorgd. De commissie oordeelt daarom dat de klacht ongegrond is en wijst de vordering af.

1. De procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat hierbij om: 1) het klachtformulier van de consumenten; 2) de aanvullende stukken van de consumenten; 3) het verweerschrift van de adviseur; 4) de aanvullende akte van de consumenten; 5) de repliek van de consumenten en 6) de dupliek van de adviseur.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een videozitting op 8 februari 2021 en zijn aldaar verschenen. Op de videozitting waren de consumenten aanwezig, tezamen met hun vertegenwoordiger de heer mr. P.M.W. Spiertz en hun financieel expert de heer [naam 1]. De adviseur was aanwezig, en zijn vertegenwoordiger de heer mr. F.P.A. de Keizer.

1.3 De consumenten en de adviseur hebben gekozen voor een bindend advies. De uitspraak is daarom bindend. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consumenten hebben in 2003 na advies van de adviseur een hypothecaire geldlening afgesloten bij ASR Woninghypotheken (ASR). De hypothecaire geldlening bestaat uit 3 leningdelen, te weten een bankspaarhypotheek, een effectenhypotheek en een aflossingsvrije lening. Ter meerdere zekerheid hebben consumenten tevens bij ASR een kapitaalverzekering eigen woning (hierna: 'verzekering') afgesloten. Op het polisblad is vermeld dat het hier gaat om een kapitaalverzekering eigen woning (KEW).

2.2 In 2009 hebben de consumenten een nieuwe woning gekocht. Na advies en bemiddeling door de adviseur hebben consumenten voor de financiering van deze woning de bankspaarhypotheek (waaronder de verzekering) en effectenhypotheek onveranderd voortgezet en de aflossingsvrije geldlening verhoogd. De consumenten hebben voor de verzekering van ASR een wijzigingsblad ontvangen waarop, voor zover hier relevant, is vermeld:

"Na wijziging van het rentepercentage van de lening vindt een herberekening van de premie plaats; bij stijging van het rentepercentage wordt de premie lager en bij daling van het rentepercentage wordt de premie hoger. Minimaal is echter een premie verschuldigd ad € 26,82 per maand. Levert de herberekening een lagere premie op dan de minimum premie, dan wordt de meerpremie aangewend ter verhoging van het verzekerde kapitaal bij leven. Op dit meerdere verzekerde kapitaal bij leven zal recht op renteparticipatie van toepassing zijn volgens de voorwaarden RP7H."

2.3 Begin 2014 hebben de consumenten contact opgenomen met de adviseur. De consumenten hebben onder meer vanwege de hoogte van de rente een vraag over een eventuele overstap naar een andere financier en ook over het spaardeel van de in 2003 afgesloten KEW gesteld. De adviseur heeft de consumenten geadviseerd om bij Nationale Nederlanden N.V. (NN) een nieuwe hypothecaire geldlening aan te gaan waarbij de verzekering fiscaal geruisloos zou worden voortgezet.

2.4 Bij het oversluiten van de geldlening bij de notaris is gebleken dat ASR richting NN een psk-formulier had afgegeven waarbij de verzekering als Box 3 verzekering stond vermeld. NN heeft zich op het standpunt gesteld dat de verzekering niet geruisloos kon worden doorgeschoven; deze was niet als KEW aangemerkt. Het advies van de adviseur kon op dat moment niet meer worden teruggedraaid. De hypothecaire geldlening bij ASR was op dat moment al afgelost en opgeheven. Gebleken is dat de bandbreedtenorm in 2009 na de voortzetting was overschreden waardoor de verzekering bij ASR niet meer voldeed aan de vereisten voor een KEW. Door een hogere rentevergoeding op de spaarhypotheek is de premie onder het vereiste fiscale minimum gedaald.

Met behulp van de adviseur heeft de Belastingdienst toestemming gegeven om de verzekering met terugwerkende kracht als KEW aan te merken. ASR heeft vervolgens een nieuw psk-formulier afgegeven richting NN. NN heeft besloten geen medewerking te verlenen aan het afgeven van een bankspaarhypotheek op basis van de verzekering omdat deze buiten de 1:10 bandbreedte had gelopen. De door de consumenten gewenste bankspaarhypotheek is omgezet naar een annuïteitenlening.

De klacht en vordering

2.5 De consumenten hebben gesteld dat de adviseur in zijn jegens de consumenten in acht te nemen zorgplicht toerekenbaar is tekortgeschoten. De adviseur heeft de consumenten niet geïnformeerd over de overschrijding van de bandbreedte in 2009. Het is een primaire taak van een tussenpersoon om te waken over het voldoen aan de bandbreedte-eis van een KEW en de adviseur heeft deze taak niet uitgevoerd. Daar komt bij dat de adviseur in 2014 een onjuist advies heeft gegeven waarvan hij op het moment van uitbrengen al had moeten weten dat zijn advies niet uitgevoerd kon worden. De adviseur had bij het verstrekken van zijn advies moeten nagaan of door ASR juist werd gehandeld inzake de KEW-clausule op de verzekering. Ook had de adviseur op de hoogte moeten zijn van de acceptatiecriteria van NN en moeten weten dat een fiscale voortzetting van de verzekering niet mogelijk was. Pas bij de notaris is gebleken dat de bandbreedtenorm is overschreden. Vanwege het acceptatie-beleid van NN waren de consumenten genoodzaakt om de hypotheekvorm om te zetten naar een annuïteitenlening. Verder hebben de consumenten nog aangevoerd dat de adviseur in zijn begeleiding tekort is geschoten door vanaf 2014 onvoldoende actie te hebben ondernomen.

2.6 De schade van de consumenten is begroot op € 8.167,94. Dit betreft het verschil in lasten tussen de huidige annuïteitenlening en de situatie dat de geldlening bij ASR was voortgezet. Daarnaast vorderen de consumenten de kosten voor de ingeschakelde expert ten bedrage van € 3.078,24. Een en ander te vermeerderen met wettelijke rente sinds 26 februari 2020.

Het verweer

2.7 De adviseur heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consumenten. Voor zover relevant zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Waar gaat deze zaak over?

3.1 Vaststaat dat de consumenten in 2009 en in 2014 advies hebben gevraagd aan de adviseur ten behoeve van het oversluiten van een hypothecaire geldlening en dat de adviseur beide keren een advies heeft verstrekt. Onderdeel van deze adviezen was de verzekering die in 2009 vanwege een premiedaling buiten de bandbreedte van 1:10 is gekomen.

Met tussenkomst van de adviseur heeft de Belastingdienst in mei 2015 de verzekering als KEW aangemerkt. Echter heeft NN besloten om de fiscaal geruisloze inbreng van de verzekering met de verhouding 1:11 niet te accepteren.

3.2 De consumenten hebben aan de commissie de vraag voorgelegd of de adviseur in zijn verplichtingen jegens de consumenten is tekortgeschoten door hen in 2009 niet te informeren over de overschrijding van de bandbreedtenorm van een KEW en hen in 2014 te hebben voorzien van een onjuist / niet uitvoerbaar hypotheekadvies.

De adviseur dient de zorg te betrachten die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot mag worden verwacht

3.3 De rechtsverhouding tussen de consumenten en de adviseur kwalificeert zich als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek). In het licht hiervan rustte op de adviseur bij de uitvoering van deze opdracht ten behoeve van de consumenten een zorgplicht. De inhoud van deze zorgplicht is in de rechtspraak ingevuld. Daaruit blijkt dat een adviseur tegenover zijn opdrachtgever de zorg moet 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. Als uitgangspunt geldt dan ook 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.

3.4 De eerste in 2009 aan de adviseur gegeven opdracht was om te bemiddelen en te adviseren bij de door de consumenten gewijzigde geldlening in verband met de door hen aangekochte woning. De tweede in 2014 gegeven opdracht was om te onderzoeken of de consumenten in aanmerking kwamen voor een lagere rente en vervolgens te bemiddelen en te adviseren bij deze oversluiting.

Advies 2009

3.5 In deze kwestie gaat het om een in 2003 door ASR verstrekte verzekering met een KEW-clausule. In 2009 is deze verzekering voortgezet en uit het wijzigingsblad (zie hiervoor punt 2.2) volgt dat ASR bij een verhoging van de rente ervoor zou zorgen dat de minimumpremie die de consumenten betaalden niet onder de minimumpremie voor de bandbreedte uit zou komen. Zou dit wel het geval zijn dan werd het minimum bedrag alsnog geïnd en zou het meerdere worden aangewend voor het verhogen van het verzekerd kapitaal.

3.6 Volgens de consumenten had de adviseur er in 2009 op moeten toezien dat de premie-inleg van de KEW ook na de voortzetting aan de vereisten van een KEW zou voldoen.

Doordat de adviseur dat niet heeft gedaan, is de verzekering buiten de pas gaan lopen en kon dit niet tijdig hersteld worden. De commissie volgt deze stelling van de consumenten niet. Een adviseur heeft geen zicht op de premiebetalingen en gaat niet over de wijze waarop een verzekeraar uitvoering geeft aan een overeenkomst. Dit zijn zaken die zich buiten het gezichtsveld van de adviseur hebben afgespeeld en eventuele fouten hierin kunnen hem niet worden verweten. Op de adviseur rust in beginsel geen verplichting om te waken voor overschrijding van de bandbreedte-norm van een KEW. Dat de adviseur directe toegang had tot het verzekeringsverleden van de consumenten doet hier niets aan af. De commissie volgt wel de stelling van de consumenten dat op de adviseur een waarschuwingsplicht rust indien de adviseur weet dat sprake is van een bandbreedte-norm overschrijding en hier bij het uitbrengen van een advies rekening mee moet houden. Hier was in dit geval echter geen sprake van.

3.7 Aangezien de commissie van oordeel is dat de adviseur niet te verwijten valt dat hij niet voor het door hem in 2009 gegeven advies heeft geconstateerd dat de verzekering buiten de bandbreedte van 1:10 is gekomen en de consumenten tijdens de mondelinge behandeling hebben bevestigd dat het verstrekte advies in 2009 verder passend was, oordeelt zij dat dit klachtonderdeel ongegrond is.

Advies 2014

3.8 Begin 2014 hebben de consumenten weer contact opgenomen met de adviseur, omdat het mogelijk interessant was om de hypothecaire geldlening bij een andere geldverstrekker onder te brengen in verband met de lage rentestand. De adviseur heeft de consumenten geadviseerd om de hypothecaire geldlening over te sluiten naar NN waar zij in aanmerking kwamen voor een lagere rente dan zij in 2009 bij ASR waren overeengekomen. Het fiscaal geruisloos voortzetten van de verzekering maakte onderdeel uit van dit advies. De consumenten hebben dit advies opgevolgd en na het oversluiten van de hypothecaire geldlening is gebleken dat de verzekering niet meer aan de vereisten van een KEW voldeed en een fiscaal geruisloze voortzetting op dat moment niet mogelijk was.

3.9 De consumenten hebben aangevoerd dat het advies onjuist was, omdat de adviseur op dat moment al had moeten weten dat zijn advies niet uitgevoerd kon worden. De commissie volgt deze stelling van de consumenten eveneens niet. Zoals geoordeeld in punt 3.6 rust in beginsel op de adviseur geen verplichting om na te gaan of een verzekeraar op een juiste manier uitvoering geeft aan een verstrekte verzekering. Een adviseur mag vertrouwen op hetgeen op de polis vermeld staat en op de juiste uitvoering hiervan door de verzekeraar. Het kan de adviseur dan ook niet verweten worden dat hij de consumenten heeft geadviseerd om de hypothecaire geldlening met behoud van de verzekering over te sluiten naar NN.

De adviseur was en hoefde op dat moment niet op de hoogte te zijn van het feit dat de verzekering niet meer aan de bandbreedte-norm van 1:10 voldeed. Van een onjuist advies is de commissie niet gebleken.

Begeleiding door de adviseur

3.10 Om te beginnen heeft als uitgangspunt te gelden dat de partij (in dit geval de consumenten) die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten, bij voldoende betwisting door de tegenpartij (in dit geval de adviseur), haar stellingen in beginsel moet bewijzen; een bewijslastverdeling die voortvloeit uit de wet namelijk uit artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

3.11 Als deze maatstaf in deze kwestie wordt toegepast dan is aan de hand van hetgeen door de consumenten aangevoerd niet vast te stellen dat de adviseur in zijn begeleiding tekortgeschoten is. De consumenten hebben hun stelling na de betwisting daarvan door de adviseur herhaald zonder daarvan nader bewijs te leveren. Hiertegenover staat hetgeen de adviseur naar voren bracht zoals dat met zijn inmenging is bewerkstelligd dat de verzekering alsnog als KEW is bestempeld en het daardoor mogelijk was om aan het gegeven advies uitvoering te geven. Dat NN besloten heeft om het bankspaarleningdeel ook met de verklaring van de Belastingdienst niet te verstrekken, kan de adviseur niet worden verweten. Het is dan ook hierom dat de consumenten naar het oordeel van de commissie niet in hun bewijsopdracht zijn geslaagd. Niet gebleken is dat de adviseur onvoldoende voortvarend heeft gehandeld of voor communicatieproblemen tussen partijen heeft gezorgd.

Conclusie

3.12 De conclusie is dat niet is komen vast te staan dat de adviseur is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht ten opzichte van de consumenten. De commissie zal de vordering daarom afwijzen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening wanneer wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het Reglement van de Commissie van Beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak, zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de Geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.