

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0203
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter en mr. S. Brugts, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 20 november 2020
Ingediend door : De heer [consument 1] en mevrouw [consument 2], beiden wonende te [plaatsnaam],
beiden verder te noemen de consumenten
Tegen : FinaForte Beheer B.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de adviseur
Datum uitspraak : 3 maart 2021
Aard uitspraak : Bindend advies
Uitkomst : Vordering deels toegewezen
Bijlage : Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Samenvatting

Hypotheekadvies. Wanprestatie. De consumenten hebben aan de adviseur een opdracht tot advies en bemiddeling verstrekt. Een deel van de advieskosten hebben de consumenten als voorschot aan de adviseur betaald. Omdat de consumenten niet tevreden waren met de dienstverlening van de adviseur, hebben zij de overeenkomst ontbonden. De consumenten vorderen terugbetaling door de adviseur van het voorschot op de advieskosten. Daarbij hebben zij het standpunt ingenomen dat de adviseur wanprestatie heeft geleverd. De commissie komt tot het oordeel dat de adviseur is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst, maar omdat de consumenten de adviseur niet in gebreke hebben gesteld alvorens de overeenkomst te ontbinden, wijst de commissie de vordering slechts gedeeltelijk toe.

I. De procedure

- I.1 De commissie beslist volgens 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 van 13 december 2020 en 3) het verweerschrift van de adviseur.
- I.2 Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 25 februari 2021. De consumenten hebben daaraan deelgenomen door middel van videobellen.
- I.3 De consumenten en de adviseur hebben gekozen voor een bindend advies. De uitspraak is daardoor bindend. Dat betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 In 2020 hebben de consumenten zich tot de adviseur gewend voor advies en bemiddeling voor de financiering van de aankoop van een woning op een bedrijventerrein (hierna: de woning).

2.2 Op 19 maart 2020 heeft de adviseur aan de consumenten een e-mail gestuurd. Hierin staat:

“(...) Allereerst bedankt voor het plezierige gesprek van vanmorgen. Dankzij alle ingezonden stukken kon ik me goed voorbereiden en heb ik een goed beeld van uw persoonlijke situatie en uw woon/werk wensen.

U overweegt om het woon/werk pand te kopen aan de [adres woning] en u wilt weten wat de financiële mogelijkheden zijn. Het pand is gelegen op een bedrijventerrein, heeft één kadastraal nummer met als bestemming wonen en werken. U heeft geboden € 345.000,- en u hoopt uit te komen op een koopprijs van € 370.000,-

Er zijn slechts een paar banken die een dergelijk onderpand met een voordelige woninghypotheek willen financieren. (...)”

2.3 Op 26 maart 2020 heeft de adviseur aan de consumenten een e-mail gestuurd. Hierin staat:

“(...) Zoals beloofd ben ik even wat dieper op de materie ingedoken, waarvan hieronder het resultaat. Bijgaand ontvangt u ook een concept van de uitgewerkte hypotheek bij BLG (Bank Limburgse Gemeente). Het is een voorzet op basis van een taxatiewaarde van € 375.000,-

*Financierbaar in de verhouding 60% wonen en 40% bedrijf (Dus minimaal 60% woning waarde)
30 jarige looptijd*

70% van de marktwaarde van het zakelijk deel is financierbaar = € 115.000,-

100% van de marktwaarde van de woningdeel is financierbaar waarvan 50% aflossingsvrij (dit scheelt behoorlijk in de maandlasten)

(...) Ik heb onze kosten op € 4.250,- gezet deze zijn vrij van btw en eenmalig aftrekbaar. (...) We werken niet op basis van no cure no pay, maar hanteren een vaste kostenfee van € 1.500 en het overige bij ontvangst offerte. (...)”

De consumenten hebben een opdracht tot advies en bemiddeling aan de adviseur verstrekt. In de opdracht tot dienstverlening staat dat de advieskosten € 4.250,- bedragen en dat de consumenten na acceptatie van de opdracht aan de adviseur een voorschot van € 1.500,- verschuldigd zijn.

2.4 Op 1 april 2020 hebben de consumenten een overeenkomst voor de koop van de woning ondertekend. Hierin staat dat de koopprijs van de woning € 375.000,- bedraagt en dat de juridische levering van de woning op 28 augustus 2020 zal plaatsvinden.

2.5 Op 8 april 2020 heeft de adviseur aan de consumenten een factuur van € 1.500,- voor het voorschot verzonden. De consumenten hebben dit voorschot betaald.

2.6 In april 2020 heeft de adviseur aan de consumenten een schriftelijke toelichting (hierna: toelichting 1) op de hypotheekaanvraag verstrekt. Hierin staat De Volksbank N.V., handelend onder de naam BLG Wonen (hierna: BLG), opgenomen als geldverstrekker. In toelichting 1 staat:

*“(...) Financieringsbehoefte € 285.000,- LTV 76% te verdelen als volgt:
50% v.d. woningwaarde aflossingsvrij: € 233.000,- x 50% = € 116.500,-. Het overige = € 168.500,- op basis van een annuïteitenlening.*

*Volgens BLG norm is 70% LTV op het zakelijke deel mogelijk en 100% op het woongedeelte.
Feitelijk financieren we dus € 102.900,- op het zakelijk deel (= 70% x € 147.000,-) en op het woonhuis € 182.100 (= 78,15 % x € 233.000,-).*

Voor de financieringsopzet verwijst ik naar de bijlage. (...)”

2.7 Op 16 april 2020 heeft de adviseur voor de consumenten een aanvraag voor een hypothecaire geldlening ingediend bij BLG.

2.8 In april 2020 heeft de adviseur aan de consumenten een schriftelijke toelichting (hierna: toelichting 2) op de hypotheekaanvraag verstrekt. Hierin staat Coöperatieve Rabobank U.A. (hierna: Rabobank) opgenomen als geldverstrekker. In toelichting 2 staat:

*“(...) Financieringsbehoefte € 270.000,- LTV 72% te verdelen als volgt:
Woongedeelte: € 233.000,- obv 30 jarige annuïteit*

<i>Zakelijk:</i>	<i>€ 147.000,-</i>
<i>Overbrugging</i>	<i>€ 80.500,-</i>
<i>eigen inbreng</i>	<i>€ 29.500,-</i>

Zakelijke financiering € 37.000,- (...)”

2.9 Op 20 mei 2020 heeft BLG de hypotheekaanvraag van de consumenten afgewezen.

- 2.10 Op 28 mei 2020 hebben de consumenten de overeenkomst tussen partijen schriftelijk ontbonden en terugbetaling van het voorschot van € 1.500,- door de adviseur gevorderd vóór 5 juni 2020.
- 2.11 Op 9 juni 2020 hebben de consumenten aan de adviseur een herinnering gestuurd om het bedrag van het voorschot van € 1.500,- binnen tien dagen aan hen terug te betalen.
- 2.12 Op 28 augustus 2020 heeft de juridische levering van de woning bij de notaris plaatsgevonden.
- 2.13 De adviseur heeft het voorschot van € 1.500,- niet aan de consumenten terugbetaald.

De klacht en vordering van de consumenten

- 2.14 De consumenten vorderen betaling door de adviseur van een bedrag van € 2.852,50. De consumenten hebben zich op het standpunt gesteld dat de adviseur toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst die partijen hebben gesloten. Daartoe hebben zij de volgende argumenten aangevoerd:
- De adviseur heeft een aanvraag voor een hypothecaire geldlening ingediend bij BLG, terwijl achteraf bleek dat BLG geen woningen op bedrijventerreinen financiert. Dit blijkt onder meer uit de 'Normen BLG Hypotheken' en uit de 'Advieskaart BLG Wonen' van BLG.
 - De adviseur heeft de consumenten niet te allen tijde schriftelijk geadviseerd, terwijl hij daartoe volgens artikel 3.1 van de toepasselijke algemene voorwaarden van de adviseur wel verplicht is.
- 2.15 Door de toerekenbare tekortkoming van de adviseur in de nakoming van de overeenkomst hebben de consumenten schade geleden. Die schade bestaat uit het bedrag van het betaalde voorschot van € 1.500,-. Daarnaast zijn twee taxatierapporten die de consumenten in het kader van het adviestraject hebben laten opmaken, onbruikbaar gebleken omdat deze taxatierapporten in een adviestraject bij een andere adviseur volgens andere richtlijnen aangeleverd moesten worden. De kosten van deze taxatierapporten waren € 1.352,50 (€ 445,- [makelaar 1] en € 907,50 [makelaar 2]). De consumenten willen door de adviseur gecompenseerd worden voor het totale bedrag van € 2.852,50.

Het verweer van de adviseur

- 2.16 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 Aan de commissie liggen de vragen voor of de adviseur in het adviestraject fouten heeft gemaakt dan wel verwijtbaar nalatig is geweest en dientengevolge de schade moet vergoeden die de consumenten stellen te hebben geleden. De commissie is van oordeel dat de schade gedeeltelijk toewijsbaar is en zal dat hierna toelichten.

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

- 3.2 Tussen partijen is niet in geschil dat zij een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) hebben gesloten. Bij de beoordeling van de stellingen van partijen stelt de commissie voorop dat de adviseur bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Dat volgt uit artikel 7:401 BW. De adviseur dient tegenover de consumenten de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht.¹ Naar bestendige rechtspraak wordt de inhoud en reikwijdte van deze *zorgplicht* bepaald aan de hand van de specifieke omstandigheden van het concrete geval, waaronder de aard van de betrokken rechtsverhouding, de aan het desbetreffende product en/of de dienst verbonden risico's, de eventuele deskundigheid en ervaring van de cliënt en diens inkomens- en vermogenspositie.²

Is de adviseur tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht ten opzichte van de consumenten?

- 3.3 De consumenten hebben zich op het standpunt gesteld dat de adviseur is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht. Volgens de consumenten heeft de adviseur een aanvraag voor een hypothecaire geldlening ingediend bij BLG, terwijl achteraf bleek dat BLG geen woningen op bedrijventerreinen financiert. Dit blijkt volgens de consumenten uit de 'Normen BLG Hypotheken' en uit de 'Advieskaart BLG Wonen' van BLG. Ter zitting hebben de consumenten in dit verband toegelicht dat een andere adviseur heeft verklaard dat BLG *nooit* panden op bedrijventerreinen financiert en dat de adviseur dit zou moeten weten. Verder hebben de consumenten op de zitting verklaard dat zij graag door de adviseur waren 'meegenomen' in het risico dat bestond om een hypotheekaanvraag bij BLG in te dienen. Als zij van dat risico op de hoogte waren geweest, zouden zij meteen naar Rabobank zijn gegaan.
- 3.4 De adviseur heeft betwist dat hij is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht. Ter zitting heeft de adviseur toegelicht dat hij veel aanvragen van ondernemers krijgt en dat hij bekend is met de complexiteit van 'combinatiepanden'.

¹ Hoge Raad 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, overweging 3.4.1.

² Rechtbank Amsterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5552, overweging 4.3.

De adviseur heeft betoogd dat hij ‘vooroverleg’ heeft gehad met BLG en dat hij bij deze kredietverstrekker ‘ingangen’ heeft om te kunnen inschatten of de financiering zou kunnen slagen. Volgens de adviseur heeft BLG aangegeven wel mogelijkheden voor een financiering te zien.

- 3.5 De commissie oordeelt als volgt. Volgens de vaste lijn in haar uitspraken mag van de adviseur worden verwacht dat hij op de hoogte is van het acceptatiebeleid van de verschillende kredietverstrekkers waarmee hij samenwerkt. Zie Geschillencommissie Kifid nrs. 2018-488, 2019-507, 2019-819 en 2021-112. Bij een eventuele onduidelijkheid mag van de adviseur bovendien worden verwacht dat hij contact opneemt met de kredietverstrekker en hem de situatie voorlegt. Zie Geschillencommissie Kifid nr. 2019-813. De consumenten hebben onbetwist gesteld dat uit de ‘Normen BLG Hypotheken’ en uit de ‘Advieskaart BLG Wonen’ van BLG volgt dat deze kredietverstrekker geen woningen als onderpand op industrie-terreinen accepteert. Uit de e-mail van 19 maart 2020 van de adviseur aan de consumenten, hiervoor opgenomen onder 2.2, blijkt bovendien dat de adviseur ermee bekend was dat de woning op een bedrijventerrein ligt. Onder die omstandigheden had de adviseur de consumenten moeten informeren dat er een grote kans bestond dat BLG geen lening aan zou bieden. Niet gesteld of gebleken is dat de adviseur dat heeft gedaan. De adviseur heeft bovendien – ondanks uitdrukkelijk verzoek hiertoe in de schriftelijke procedure – geen stukken in het geding gebracht waaruit blijkt dat BLG *aanvankelijk* mogelijkheden voor financiering zag. De commissie passeert daarom de stelling van de adviseur dat hij vooroverleg heeft gehad met BLG. Dat betekent dat in deze klachtprocedure niet is komen vast te staan dat BLG mogelijkheden zag voor financiering. Door de hypotheekaanvraag bij BLG door te zetten zonder de consumenten over het daarmee samenhangende risico van afwijzing te informeren, terwijl de adviseur had moeten weten dat BLG in beginsel geen onderpanden op bedrijventerreinen accepteert, heeft de adviseur een misverstand gecreëerd. Daarmee heeft de adviseur niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht.
- 3.6 In het licht van het voorgaande stelt de commissie vast dat de adviseur is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht ten opzichte van de consumenten. De andere argumenten die de consumenten hebben aangedragen om deze zorgplichtschending te onderbouwen, kunnen daarmee onbehandeld blijven.

Moet de adviseur schadevergoeding betalen aan de consumenten?

- 3.7 De adviseur zal aan de consumenten de schade moeten vergoeden die dezen als gevolg van de vastgestelde zorgplichtschending hebben geleden en aan de adviseur kan worden toegerekend. Dat volgt uit artikel 6:98 BW. Voor wat betreft de gestelde en gevorderde schade oordeelt de commissie dat deze slechts gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking komt.

Ter zitting is komen vast te staan dat de consumenten de adviseur niet in gebreke hebben gesteld voordat zij de overeenkomst van opdracht hebben ontbonden. Nu de consumenten de overeenkomst 'rauwelijks' hebben ontbonden, is de adviseur slechts gehouden een deel van de schade aan de consumenten te vergoeden. Deze schade wordt door de commissie *ex aequo et bono* begroot op € 750,-. Het andere deel van de schade blijft voor rekening en risico van de consumenten. De kosten van de twee taxatierapporten blijven eveneens voor rekening en risico van de consumenten, omdat zij onvoldoende hebben onderbouwd waarom deze kosten aan de adviseur toegerekend moeten worden.

Conclusie

- 3.8 De conclusie is weliswaar dat de adviseur is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht ten opzichte van de consumenten, maar dat de schade slechts voor € 750,- toewijsbaar is. Het andere deel van de schade zullen de consumenten zelf moeten dragen.

4. De beslissing

De commissie:

- beslist dat de adviseur binnen twee weken nadat een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan de consumenten € 750,- betaalt;
- wijst het meer of anders gevorderde af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als 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 schriftelijk 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. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Burgerlijk Wetboek (BW)

Artikel 6:98 BW

Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

Artikel 7:400 BW

1. De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.
2. (...)

Artikel 7:401 BW

De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.