

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0318
(mr. J. van der Groen, voorzitter en mr. T.A. Tang, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 2 maart 2020
Ingediend door : de heer [naam consument 1] en mevrouw [naam consument 2], verder gezamenlijk te noemen de consumenten
Tegen : Hypotheek Visie Centrale B.V., gevestigd te Best, verder te noemen de adviseur
Datum uitspraak : 7 april 2021
Aard uitspraak : Niet-bindend advies
Uitkomst : Vordering (gedeeltelijk) toegewezen
Bijlage : Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Samenvatting

De consumenten hebben een klacht ingediend over de dienstverlening van de adviseur in 2013. De dienstverlening had betrekking op de omzetting van de hypothecaire geldlening en de omzetting van de KEW. De consumenten hebben zich op het standpunt gesteld dat de adviseur de op hem rustende zorgplicht heeft geschonden en hebben een schadevergoeding en verklaringen voor recht gevorderd. De adviseur heeft gemotiveerd verweer gevoerd tegen de stellingen van de consumenten. De commissie wijst het beroep van de adviseur op schending van de klachtplicht door de consumenten af en de verjaring van de vordering ten aanzien van de KEW toe. Wat betreft de dienstverlening met betrekking tot de omzetting van de hypothecaire geldlening oordeelt de commissie dat de dienstverlening van de adviseur niet is geweest wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht. De commissie wijst de vordering gedeeltelijk toe.

I. De procedure

- I.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consumenten; 2) de aanvullende stukken van de consumenten; 3) het verweerschrift van de adviseur; 4) de repliek van de consumenten en 5) de dupliek van de adviseur.
- I.2 Partijen zijn opgeroepen voor een digitale hoorzitting op 6 november 2020. De consumenten namen deel aan de hoorzitting. Namens de adviseur namen deel: mevrouw mr. F. van Kersbergen, advocaat, de heer [naam 1], en de heer [naam 2].
- I.3 De adviseur heeft gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Gebeurtenissen die tot het geschil hebben geleid

- 2.1 De consumenten hadden via een andere financieel adviseur een hypothecaire geldlening bij ING Bank N.V. (hierna: de geldverstrekker) afgesloten. Vanwege gewijzigde wet- en regelgeving per 1 april 2013 met betrekking tot de eigen woning hebben de consumenten in maart 2013 contact opgenomen met de adviseur.
- 2.2 De bestaande hypothecaire geldlening is na het adviestraject en door bemiddeling van de adviseur omgezet in een hypothecaire geldlening met drie leningdelen, te weten een Bankspaar Hypotheek, een Leven Hypotheek en een Aflossingsvrije Hypotheek. Alle leningdelen kenden een rente van 5,65% en looptijden van 207, 312 en respectievelijk 309 maanden. Aan de Leven Hypotheek is een in 1996 afgesloten beleggingsverzekering, die de consumenten bij Allianz Nederland Levensverzekering N.V. (hierna: de verzekeraar) hadden afgesloten, gekoppeld (hierna: de KEW). Na de omzetting is de KEW omgezet van box III naar een Box I polis. Door de omzetting is de looptijd met tien jaar verkort.
- 2.3 Op 4 maart 2013 heeft de geldverstrekker de adviseur als volgt bericht:
- “Dank voor uw omzettingsverzoek naar de ING Bankspaarhypotheek. Wij doen ons best de offerte zo spoedig mogelijk te versturen. (...)”*
- Doorlooptijd van enkele maanden*
Wij wijzen u erop dat het omzettingstraject een complex proces is wat enkele maanden in beslag zal nemen. Bij de offerte wordt een toelichting verstuurd waarin de tijdslijnen worden beschreven, wij verzoeken u hier goede notie van te nemen. (...)”
- 2.4 Op 26 maart 2013 hebben de consumenten de adviseur per e-mail bericht:
- “De offerte is gelukkig duidelijk, correct en akkoord. Wij zullen hem uitprinten en vanavond ondertekenen en bij jouw kantoor door de brievenbus gooien. (...)”*
- 2.5 Voor zijn dienstverlening heeft de adviseur op 30 maart 2013 een factuur van € 500,00 onder de omschrijving “Vergoeding inzake de advies- en bemiddelingswerkzaamheden aangaande de hypotheek zoals overeengekomen op –” aan de consumenten verstuurd. De consumenten hebben deze kosten voldaan.
- 2.6 Op 2 mei 2013 hebben de consumenten van de verzekeraar de bevestiging ontvangen dat de polis is gewijzigd.

2.7 Op 7 november 2013 heeft de geldverstrekker de consumenten een voorstel gedaan om de bestaande aflossingsvrije hypotheek om te zetten naar een levenhypotheek. Dit voorstel is door de consumenten op 19 november 2013 voor akkoord ondertekend.

2.8 Op 26 november 2013 heeft de adviseur de consumenten per brief bericht:

“U hebt inmiddels het adviestraject van Hypotheek Visie doorlopen in het kader van het Integraal Hypotheek Advies. We zijn begonnen met het zorgvuldig vaststellen van uw financiële positie, mogelijkheden, wensen en doelstellingen. Naar aanleiding hiervan hebben wij ons advies voor u uitgewerkt dat naadloos op uw persoonlijke situatie aansluit. Uw keuze om ons advies op te volgen en het feit dat wij voor u tot bemiddeling mogen over gaan, stellen we zeer op prijs. Wij willen dit graag in dit document bekrachtigen. U vindt hierin terug welke producten voor u bemiddeld gaan worden en bij welke aanbieders. (...)”

2.9 In het bij de brief van 26 november 2013 aangehechte document ‘Integraal Hypotheek Advies’ (IHA), dat de adviseur op 7 november 2013 aan de consumenten heeft gezonden is – voor zover relevant – opgenomen:

“Voor onze advies- en bemiddelingswerkzaamheden met betrekking tot de hypotheek zullen we aanvullend onderstaande vergoeding(en) bij u in rekening brengen:

<i>- Inzake de omzetting van uw hypotheek</i>	<i>€ 500,00</i>
<i>Totaal</i>	<i>€ 500,00”</i>

2.10 In 2016 en 2018 heeft de adviseur de consumenten per e-mail benaderd en heeft hij hen een gratis adviesgesprek aangeboden om de hypothecaire geldlening onder de loep te nemen. De consumenten hebben van dit aanbod in 2016 noch in 2018 geen gebruik gemaakt.

2.11 In september 2019 hebben de consumenten bij de geldverstrekker geïnformeerd naar de mogelijkheden om de hypothecaire geldlening af te lossen. De geldverstrekker heeft hen bericht dat, vanwege de resterende looptijd van de rentevastperiode, de huidige rente van de consumenten en de rente op de markt, de vergoeding voor vervroegde aflossing € 106.272,00 zou bedragen als de consumenten de hypothecaire geldlening op dat moment geheel zouden aflossen. De consumenten hebben naar aanleiding hiervan contact opgenomen met de adviseur en hebben vragen gesteld over het adviestraject in 2013. Uitwisseling van standpunten tussen partijen heeft niet tot een oplossing van de klacht geleid, waarna de consumenten hun klacht aan Kifid hebben voorgelegd.

De klacht en vordering

2.12 De consumenten hebben, kort samengevat, gesteld dat de adviseur de op hem rustende zorgplicht heeft geschonden.

Ter onderbouwing van dit standpunt hebben zij onder meer de volgende argumenten aangevoerd:

- het advies in 2013 was onvolledig en onjuist. De adviseur heeft hiermee in strijd met paragraaf 1.6 van de AFM Leidraad Dienstverlening op Maat uit juli 2013 en de Wet op het financieel toezicht (Wft) gehandeld. De consumenten hadden en hebben geen verstand van hypotheek en hebben geen specifiek omzettingsverzoek gedaan, noch hebben zij de consequenties van een dergelijk verzoek kunnen voorzien. De adviseur heeft de consumenten niet eens uitgelegd welke hypotheekvormen er zijn en wat de werking van de producten is. Ook is hen geen keuze geboden tussen variabele rente of een lagere rente over een kortere rentevastperiode. Bovendien had de adviseur een kennis- en ervaringstoets moeten uitvoeren, maar heeft dit ten onrechte nagelaten;
- de consumenten verwijten de adviseur dat hij stukken heeft geantidateerd door de data te manipuleren. Zo is de factuur al in maart 2013 toegestuurd en voldaan, terwijl het overeengekomen bedrag pas in de IHA van november 2013 is gedeeld. Bovendien dateert de IHA van 7 november 2013, terwijl op de brief 26 november 2013 is vermeld;
- ten aanzien van de e-mails van de adviseur van februari 2016 en februari 2018 om een servicegesprek te voeren, merken de consumenten op dat de onderwerpregel en de inhoud geen aanleiding boden om contact op te nemen met de adviseur, omdat hun situatie sinds 2013 niet wezenlijk was gewijzigd.

- 2.13 Op grond van de voorgaande argumenten hebben de consumenten het Kifid, meermaals in meer of andere bewoordingen, maar in ieder geval neerkomend op het volgende, verzocht te bevestigen dat (i) het de verantwoordelijkheid van de adviseur is om duidelijke afspraken te maken over de uit te voeren dienstverlening, (ii) de adviseur zaken moet benoemen die relevant zijn voor de klant, zodat de klant hierover een keuze kan maken, (iii) de adviseur hieraan in dit geval onvoldoende invulling heeft gegeven en (iv) dat de consumenten als niet-deskundigen hiervan niet de dupe mogen worden. Tevens vorderen de consumenten restitutie van de betaalde advieskosten van € 500,00, de schade als gevolg van derving van het rendement van de KEW tussen 1 september 2026 (€ 150.188,00 volgens de opgave van de verzekeraar) en 1 september 2036, met het verschil van een rendement van 4,75% en de dan geldende marktrente, en zij behouden zich het recht voor om eventuele toekomstige schade ook op de adviseur te verhalen.

Het verweer van de adviseur

- 2.14 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

- 3.1 Voordat de commissie de klacht van de consumenten inhoudelijk kan beoordelen, moet zij oordelen over de formele verweren van de adviseur. De adviseur heeft, kort gezegd, (i) gesteld dat de consumenten hun klachtplicht, zoals bedoeld in artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW) hebben geschonden en (ii) een beroep gedaan op verjaring van de vordering van de consumenten, zoals bedoeld in artikel 3:310 BW. De commissie beoordeelt deze twee formele verweren in het navolgende afzonderlijk.
- (i) Klachtplicht (art. 6:89 BW)
- 3.2 De adviseur heeft gesteld dat de consumenten de op hen rustende klachtplicht hebben geschonden door niet binnen bekwame tijd te klagen. Ruim zes jaar is immers geen redelijke termijn, aldus de adviseur.
- 3.3 Naar vast oordeel van de commissie dient de vraag of binnen bekwame tijd is geklaagd, te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval, waarbij een groot gewicht wordt toegekend aan de vraag of de adviseur is geschaad in zijn belangen als gevolg van het moment van klagen. Louter tijdsverloop is een belangrijke factor, maar is niet van doorslaggevend belang¹.
- 3.4 De commissie oordeelt in dit geval dat geen sprake is van schending van de klachtplicht door de consumenten. De consumenten hadden pas in 2019, toen zij bij de geldverstrekker informeerden naar de mogelijkheden van vervroegde aflossing van de gehele hypothecaire geldlening, bekend kunnen zijn met de mogelijke schending van de zorgplicht door de adviseur. Zij hebben direct nadat zij daarmee bekend waren geworden, contact opgenomen met de adviseur. Bovendien is niet komen vast te staan dat de adviseur in zijn bewijspositie is geschaad. De commissie oordeelt daarom dat het beroep van de adviseur op schending van de klachtplicht ongegrond is.
- (ii) Verjaring
- 3.5 Ten aanzien van het beroep op verjaring, merkt de commissie op dat volgens vaste rechtspraak geldt dat de termijn van vijf jaar pas gaat lopen wanneer de consumenten voldoende zekerheid hebben verkregen dat zij schade hebben geleden, die is veroorzaakt door de adviseur. Het gaat hier om daadwerkelijke bekendheid met de schade en met de verantwoordelijke voor deze schade, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat. De verjaringstermijn begint pas te lopen op de dag na die waarop de consumenten daadwerkelijk in staat zijn een rechtsvordering tot vergoeding van de door hen geleden schade in te stellen.

¹ zie onder meer HR 8 februari 2013, ECLI:HR:2013:BY4600 en Geschillencommissie Kifid 2017-755

Deze maatstaf bevat een subjectief element, namelijk dat de verjaringstermijn pas gaat lopen wanneer de consumenten voldoende zekerheid hebben dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de adviseur².

- 3.6 Naar het oordeel van de commissie is de vordering van de consumenten ten aanzien van de KEW verjaard. De consumenten wisten immers reeds in maart 2013 dat de looptijd van de KEW door de omzetting met tien jaar zou worden verkort en daarom in 2026 in plaats van in 2036 zou eindigen. Dit blijkt uit de correspondentie tussen partijen. Dat de consumenten hebben gesteld dat zij destijds de gevolgen niet hadden overzien, doet hieraan niets af. Zij zijn immers voldoende geïnformeerd door de adviseur en, in het geval hen een en ander niet duidelijk was, had het op hun weg gelegen daaromtrent vragen te stellen.
- 3.7 Voor het overige oordeelt de commissie dat de consumenten pas in 2019, toen zij bij de geldverstrekker informeerden naar de mogelijkheden van vervroegde aflossing van de gehele hypothecaire geldlening, bekend hadden kunnen worden met eventuele schade en de daarvoor verantwoordelijke. De commissie zal daarom in het navolgende de overige klachtonderdelen van de consumenten, die niet zien op de KEW, inhoudelijk beoordelen.

Inhoudelijke beoordeling

- 3.8 De consumenten hebben zich beklagd over de dienstverlening van de adviseur. Die dienstverlening had betrekking op de omzetting van de KEW en de omzetting van de hypothecaire geldlening. Nu hiervoor is beoordeeld dat de vordering ten aanzien van de KEW is verjaard, komt de commissie niet toe aan de inhoudelijke beoordeling van de klacht over de dienstverlening ten aanzien van de omzetting van de KEW. De commissie zal hieronder de klacht over de dienstverlening ten aanzien van de omzetting van de hypothecaire geldlening inhoudelijk beoordelen.
- 3.9 Tussen partijen is, kort samengevat, een geschil ontstaan over de reikwijdte van de dienstverlening van de adviseur. De consumenten hebben zich op het standpunt gesteld dat de adviseur advies heeft uitgebracht over de wijziging van de hypotheekvorm (en de KEW), terwijl de adviseur hiertegen heeft ingebracht dat geen sprake was van een ‘volledig adviestraject’ maar slechts van een omzetting van de hypothecaire geldlening. Volgens de adviseur is slechts sprake geweest van een simpele wijziging van de naam van de productvorm, waarbij verder alles intact is gebleven. Dit is ook de reden dat de rentevastperiode en de rente niet zijn besproken.
- 3.10 De commissie stelt vast dat tussen partijen een overeenkomst van opdracht, zoals bedoeld in artikel 7:400 e.v. BW tot stand is gekomen.

² zie daarvoor HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, overweging 3.3.2

Uit hoofde van hetgeen in artikel 7:401 BW is bepaald, dient de adviseur de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen, hetgeen in de praktijk neerkomt op de zorg die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht³. Het uitgangspunt is dat de adviseur aansprakelijk is voor de negatieve gevolgen van het gegeven advies, indien een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur een dergelijk advies niet zou hebben gegeven. In verband daarmee is de adviseur ertoe gehouden om de consumenten voldoende duidelijke en juiste informatie te verstrekken, waardoor de consumenten in staat worden gesteld een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken en zelfstandig een beslissing kunnen nemen om het gegeven advies al dan niet op te volgen.

- 3.11 De commissie merkt op dat in de documentatie van de adviseur steeds wordt gesproken over 'adviestraject', 'advies- en bemiddelingswerkzaamheden' en 'advies'. Bovendien is een adviesrapport opgemaakt. Op basis van de door partijen verstrekte documenten en de verklaringen, stelt de commissie vast dat de consumenten oprecht in de (wellicht onterechte) veronderstelling waren dat sprake was van advies en niet slechts van 'een omzetting'. Hoewel een aflossingsvrije hypotheek niet hoeft te kwalificeren als een complex product, kan een aflossingsvrije hypotheek met daaraan gekoppeld een polis dat wel zijn, zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Kifid nr. 2016-170. Het had op zijn minst voor de hand gelegen dat de adviseur de consumenten wees op het feit dat er niets wijzigde aan de rentevastperiode of de rente en dat – indien de consumenten dat wel wensten – zij dat door middel van een apart adviestraject (een 'volledig' advies) wel zouden kunnen bewerkstelligen of in ieder geval de mogelijkheden daartoe zouden kunnen onderzoeken. Van een duidelijk afgebakende opdracht, zoals de adviseur het noemt, is naar het oordeel van de commissie geen sprake, nu er bij de consumenten dusdanig veel onduidelijkheid is ontstaan dat zij niet of onvoldoende in staat zijn gesteld een goed geïnformeerde en verantwoorde keuze te maken dan wel zelfstandig een beslissing te nemen. De commissie oordeelt daarom dat de adviseur niet geheel heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk adviseur mag worden verwacht.
- 3.12 Dit leidt tot de conclusie dat de adviseur geen aanspraak heeft mogen maken op de gehele factuur van € 500,00. De commissie bepaalt dat de adviseur de factuur daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te matigen naar € 250,00 en dit bedrag aan de consumenten dient te vergoeden. Dit betekent dat de helft van de factuur voor rekening van de consumenten dient te komen. De commissie neemt hier mee dat € 500,00 voor een adviestraject niet marktconform is en dat bovendien in de IHA is opgenomen dat de kosten voor de *omzetting* € 500,00 bedragen.

³ zie HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375.

3.13 Ten aanzien van de klacht van de consumenten die ziet op de eventuele schade die voortvloeit uit het feit dat de rente en de rentevastperiode voor de leningdelen niet is gewijzigd na het adviestraject in 2013, merkt de commissie op dat niet is komen vast te staan dat de consumenten een andere keuze zouden hebben gemaakt met betrekking tot de rentevastperiode en de rente, indien deze componenten in 2013 aan de orde geweest zouden zijn. Hierbij neemt de commissie in overweging dat de consumenten bij het afsluiten van de hypothecaire geldlening en dus bij het bepalen van de initiële rentevastperiode en de bijbehorende rente, zijn bijgestaan door een andere financieel adviseur. Eventuele onduidelijkheden hieromtrent zijn niet aan de adviseur toe te rekenen. Bovendien hadden de consumenten op basis van de offerte van de geldverstrekker kunnen zien dat de rente en de looptijd van de leningdelen ongewijzigd was gebleven. Indien zij zich daarin niet hadden kunnen vinden of twijfels hadden, dan hadden zij dat bij de adviseur moeten aangeven.

Conclusie

3.14 De commissie oordeelt dat de adviseur niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht, ten gevolge waarvan hij zijn factuur van € 500,00 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te matigen naar € 250,00. Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de adviseur een bedrag van € 250,00 aan de consumenten vergoedt binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd.

Deze uitspraak is een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

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

“(…)

Artikel 3:310 BW

- 1. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden*

(…)

Artikel 6:89 BW

De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.

(…)

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. De artikelen 401-412 zijn, onverminderd artikel 413, van toepassing, tenzij iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, of de gewoonte.*

Artikel 7:401 BW

De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.
“(…)”