

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2023-0048

(mr. dr. D.P.C.M Hellegers, voorzitter, mr. M.C.M. van Dijk, ir. A van den Berg, leden en mr. R.G. de Kruif, secretaris)

Klacht ontvangen op	11 maart 2022
Ingediend door	De heer [naam 1] en mevrouw [naam 2], verder samen te noemen de consumenten
Tegen	Bookelaar Financieel Adviesbureau B.V., gevestigd te Eindhoven, verder te noemen de adviseur
Datum uitspraak	18 januari 2023
Aard uitspraak	Niet-bindend advies
Uitkomst	Vordering (gedeeltelijk) toegewezen

Samenvatting

Hypotheekadvies. De adviseur is bij zijn advies uitgegaan van een te lage boeterente voor het aflossen van hun (oude) hypothecaire geldlening van de consumenten. Het ging om een substantiële afwijking en de commissie is van oordeel dat de adviseur daarmee toerekenbaar is tekortgeschoten in zijn verplichting tegenover de consumenten om zorgvuldig en in hun belang te handelen. De consumenten hadden mogelijk andere keuzes gemaakt maar hun schade kan niet exact (objectief) worden vastgesteld, omdat het afhankelijk is van meerdere mogelijke keuzes waarvan achteraf niet gesteld kan worden of die op het concrete moment ook daadwerkelijk door de consumenten zouden zijn gemaakt. Ter beëindiging van het geschil tussen de adviseur en de consumenten, acht de commissie het in dit geval redelijk en billijk om de schade te schatten gebaseerd op een afweging van alle mogelijke goede en kwade kansen. Vordering gedeeltelijk toegewezen.

I. Procedure

- I.1 De commissie beslist op basis van haar reglement (zoals dat gold tot 1 april 2022) 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 De consumenten zijn in deze zaak vertegenwoordigd door mr. H.C.M. Schaeken, advocaat kantoorhoudende te Eersel. De adviseur is in deze zaak vertegenwoordigd door mr. E. van Hal, advocaat kantoorhoudende te Rotterdam.
- I.3 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 2 november 2022. Op de hoorzitting waren de consumenten aanwezig samen met hun advocaat. Namens de adviseur waren aanwezig: de heer [naam 3], algemeen directeur en zijn advocaat.

- 1.4 De consumenten en de adviseur hebben beide gekozen voor niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 De consumenten hebben op 10 mei 2021 een adviesgesprek gehad met de adviseur. Tijdens dit gesprek is gesproken over het omzetten en het verhogen van de (lopende) hypothecaire geldlening.
- 2.2 Enige tijd na het adviesgesprek komt de adviseur met het onderstaande financieringsvoorstel:

Overzicht hypotheeklasten voorstel 'aegon maximaal af vrij' (AEGON), Advies: 21-05-10 herfinanciering woning

Kosten			
Af te lossen bestaande hypothe(e)k(en)	€	499.052	
Verbouwing / verbetering van de woning	€	40.000	
			+
TOTAAL KOSTEN			€ 539.052
 Financieringskosten			
Taxatiekosten	(1)	€ 550	
Advieskosten	(1)	€ 2.950	
Overige bemiddelingsvergoeding		€ 243	
Boeterente aflossing hypothe(e)k(en)	(1)(2)	€ 26.860	
			+
TOTAAL FINANCIERINGSKOSTEN			€ 30.603
			+ _____
Financieringsbehoefte			€ 569.655
			+ _____
Inbreng eigen middelen			€ 0
			- _____
Gewenst hypotheekbedrag			€ 569.655
Eigenwoningschuld AEGON Hypotheek (Box 1)			€ 539.299
Box 3			€ 30.356

- 2.3 De consumenten hebben op basis van het voorstel van de adviseur besloten om hun hypothecaire geldlening af te lossen en een nieuwe (hogere) hypothecaire geldlening af te sluiten. De consumenten hebben daartoe een offerte van 6 augustus 2021 van AEGON Hypotheken B.V. (hierna: de bank) geaccepteerd.
- 2.4 Uit de offerte volgt een hypothecaire geldlening van € 569.655,- met een (bruto) maandlast van € 1.092,79 op basis van de volgende verdeling:
- Deel 1: een leningdeel van € 84.655,- op basis van annuïteiten tegen een rente van 1,49% per jaar met een rentevaste periode tot 1 september 2035;
 - Deel 2; twee aflossingvrij leningdelen van € 208.255,- (box 1) en € 236.775,- (box 3) tegen een rente van 1,78% per jaar met een rentevaste periode van 30 jaar.

- Deel 3: een leningdeel van € 40.000,- op basis van annuïteiten tegen een rente van 1,65% per jaar met een rentevaste periode van 30 jaar.

2.5 Op 17 september 2021 is de hypotheekakte gepasseerd. Op de nota van afrekening stonden de volgende bedragen:

		Te betalen	Te ontvangen
<u>Hypotheek</u>			
Aegon Hypotheken B.V.			
Lening	€ 569.655,00		
Totaal	€ 569.655,00		
Hypotheek			€ 569.655,00
<u>Aflossing hypotheek</u>			
Aegon Hypotheken B.V.			
Hoofdsom	€ 561.408,74		
2x Dagrente (2x € 39,62)	€ 79,24		
Totaal	€ 561.487,98		
Aflossing hypotheek		€ 561.487,98	
Kedantier kosten			
(...)			
Totaal:		€ 562.505,34	€ 569.655,00
Blijft door u te ontvangen			€ 562.505,34
			€ 7.149,66

2.6 De consumenten hebben op 27 september 2021 vragen gesteld aan de adviseur vanwege de lage uitkering van € 7.149,66 op hun rekening. De consumenten hadden verwacht dat een bedrag van € 40.000,-, al dan niet in een depot, beschikbaar zou zijn zoals was besproken met de adviseur.

2.7 Per e-mail van 29 september 2021 geeft de adviseur aan dat het verschil zit in de berekende boeterente. De adviseur had rekening gehouden met € 26.860,- aan boeterente, maar de werkelijke boeterente bleek € 63.166,- te zijn. De adviseur heeft erkend dat hij helaas een gedeelte van de boeterente over het hoofd heeft gezien.

2.8 Per brief van 10 november 2021 heeft de gemachtigde van de consumenten de adviseur aansprakelijk gesteld.

2.9 Tijdens de klachtprocedure bij Kifid heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de adviseur per e-mail van 14 april 2022 het standpunt ingenomen dat de consumenten feitelijk geen schade hebben geleden, omdat (schattenderwijs) de voordelen van de omzetting opwegen tegen het nadeel van de gemaakte (extra) kosten. Als begrip voor het ontstane ongenoegen is namens de adviseur wel coulancehalve een bedrag aangeboden tegen finale kwijting over en weer. De consumenten hebben dit aanbod niet geaccepteerd. Daarna is de klachtprocedure bij Kifid vervolgd.

De klacht en vordering

- 2.10 De consumenten verwijten de adviseur onzorgvuldig te hebben gehandeld door hen te adviseren op basis van een onjuist bedrag aan boeterente. De consumenten achten het daarbij ook onzorgvuldig dat de adviseur de nota van afrekening van de notaris niet heeft gecontroleerd, althans niet heeft geconstateerd dat daaruit een veel hogere boeterente bleek dan door hem berekend en aan hun was medegedeeld. De adviseur heeft hun voorgehouden dat de boeterente € 26.860,- zou zijn en dat zij een bedrag van € 40.000,- beschikbaar zouden krijgen. Dat bedrag was bedoeld voor de aanleg dan wel inrichting van hun tuin. Indien de consumenten van te voren waren ingelicht over de volledige (correcte) hoogte van de boeterente dan hadden zij waarschijnlijk andere keuzes gemaakt of de hypothecaire geldlening niet omgezet en/of verhoogd.
- 2.11 Doordat het bedrag wat de consumenten (vrij) beschikbaar hebben gekregen uiteindelijk € 7.149,66 bleek te zijn, stellen zij hun schade op tenminste € 32.850,34. In repliek hebben de consumenten daarnaast een bedrag van € 36.306,- gevorderd. Dat betreft het verschil tussen de daadwerkelijk betaalde boeterente van € 63.166,- en het bedrag van € 26.860,- zoals dat in het advies was opgenomen. De consumenten achten de adviseur eveneens gehouden het bedrag van € 2.950,- van de advieskosten aan hun terug te betalen.
- 2.12 De consumenten vorderen over hun gestelde schadeposten van € 32.850,34 en € 36.306,- ook de wettelijke rente vanaf 17 september 2021 en van de schadepost van € 2.950,- de wettelijke rente vanaf de betaaldatum van de factuur. Tot slot vorderen zij ook een vergoeding vanwege de proceskosten van rechtsbijstand op basis van de door Kifid gehanteerde criteria daarvoor en ook de wettelijke rente daarover met ingang van de 14^e dag na de beslissing.

Het verweer

- 2.13 De adviseur heeft de volgende verweren gevoerd tegen de stellingen van de consumenten.
- 2.14 De omzetting van de hypothecaire geldlening is, ondanks de hogere boeterente, voordelig voor de consumenten geweest en passend bij hun wensen. Onder andere de wens van lagere maandlasten is gerealiseerd doordat de consumenten circa € 1.000,- per maand minder zijn gaan betalen voor rente en/of aflossing. Daarnaast hebben de consumenten nu zekerheid voor 30 jaar en ook fiscale voordelen met betrekking tot de hypotheekrenteaftrek. Daar komt bij dat de adviseur ook bij de juiste (hoogte van de) boeterente geadviseerd zou hebben om de omzetting door te zetten. De enige wens die uiteindelijk niet volledig is gerealiseerd, is de beschikking over een bedrag van € 40.000,- voor de aanleg/inrichting van de tuin. De consumenten beschikken daarentegen wel over een bedrag van € 7.149,66. De voordelen wegen volgens de adviseur per saldo op tegen de nadelen.

- 2.15 Wat betreft de schade hebben de consumenten volgens de adviseur onvoldoende onderbouwd wat zij in de (hypothetische) situatie dat de fout niet was gemaakt, zouden hebben gedaan. Om in de situatie te komen dat een bedrag van € 40.000,- vrij beschikbaar zou komen, hadden zij een bedrag van € 32.850,- extra moeten lenen. De schade zou dan kunnen bestaan uit het verschil in rentekosten doordat dit aanvullend bedrag later (tegen een hogere rente) zou zijn bijgeleend. Volgens de adviseur had het schadebedrag, in het geval de consumenten binnen drie maanden het extra bedrag hadden geleend, beperkt kunnen blijven tot € 2.873,77.
- 2.16 Volgens de adviseur zou bij het ontvangen van een schadevergoeding vanwege de door hem gemaakte fout, de vordering tot terugbetaling van de advieskosten onterecht zijn. Daarmee zouden de consumenten immers dan in de vermogenssituatie zonder fout verkeren en daarnaast een gratis advies hebben gekregen.
- 2.17 De consumenten vorderen daarnaast een schadepost dubbel. Doordat een extra bedrag aan boeterente betaald moest worden, hielden de consumenten onder aan de streep minder over. De vordering tot terugbetaling van het extra (betaalde) bedrag aan boeterente en het (niet ontvangen) bedrag van € 32.850,- is daarmee dezelfde schadepost en kan niet dubbel worden gevorderd. Bovendien is de boeterente op zichzelf geen schadepost omdat de adviseur geen invloed heeft gehad op de hoogte daarvan aangezien die is/wordt berekend door de (oude) geldverstrekker.
- 2.18 Bij de vaststelling van schade moet ook rekening worden gehouden met een percentage eigen schuld, omdat de consumenten zelf niet aan de bel hebben getrokken na ontvangst van de conceptnota van de notaris. Op grond van artikel 6:101 BW dient ten minste een derde deel van de schade voor rekening van de consumenten te blijven.

3. De beoordeling

Waar gaat het om?

- 3.1 Vast staat dat de adviseur bij zijn advies aan de consumenten is uitgegaan van een te lage boeterente voor het aflossen van hun (oude) hypothecaire geldlening. De adviseur heeft namelijk, zoals hij zelf heeft erkend, een gedeelte van de boeterente over het hoofd gezien bij de berekening daarvan. Het gaat daarom om de vraag of de adviseur daarmee onzorgvuldig heeft gehandeld en, zo ja, of de consumenten daardoor schade hebben geleden waarvoor de adviseur aansprakelijk kan worden gehouden.

Welke norm geldt voor het handelen van de adviseur?

- 3.2 Tussen partijen is een overeenkomst van opdracht gesloten. Ingevolge artikel 7:401 van het Burgerlijk Wetboek dient een opdrachtnemer zoals de adviseur bij de uitvoering van zijn opdracht de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen.

Dit betekent dat hij bij de uitvoering van zijn opdracht de zorgvuldigheid moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.¹ 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 de consumenten omtrent hun 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 de consumenten.

Heeft de adviseur zorgvuldig gehandeld?

3.3 Hoewel de commissie het aannemelijk acht dat de adviseur het niet opzettelijk heeft gedaan, mocht van hem worden verwacht dat hij bij de advisering van de consumenten een juiste indicatie zou geven van de mogelijk te verwachten boeterente voor de door hen af te lossen hypothecaire geldlening. De commissie begrijpt uit de stellingen van de consumenten dat de te betalen boeterente een relevante factor was bij hun besluit om de (oude) geldlening wel of niet over te sluiten. De adviseur is (per abuis) uitgegaan van € 26.860,- terwijl dat ruim twee keer zo veel, te weten circa € 63.000,-, had moeten zijn. Het ging om een substantiële afwijking van afgerond € 36.000,-, terwijl voor de consumenten van belang was dat zij, na het oversluiten, ongeveer € 40.000,- beschikbaar zouden krijgen zoals was besproken met de adviseur. De commissie is van oordeel dat de adviseur daarmee toerekenbaar is tekortgeschoten in zijn verplichting tegenover de consumenten om zorgvuldig en in hun belang te handelen.

3.4 De commissie gaat nu in op de vraag of de consumenten door deze adviesfout schade hebben geleden, en zo ja welke schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Welke schade komt voor vergoeding in aanmerking?

3.5 Voor berekening van de schade geldt als uitgangspunt dat consumenten zoveel mogelijk in de toestand worden gebracht waarin zij zou hebben verkeernd indien de adviesfout niet door de adviseur zou zijn gemaakt. In dit geval had dat betekend dat de adviseur bij zijn advies was uitgegaan van de daadwerkelijke (veel) hogere boeterente die de bank voor het aflossen van de (oude)geldlening in rekening zou brengen. De adviseur heeft aangegeven dat hij in dat geval hetzelfde advies zou hebben gegeven, te weten het oversluiten van de oude geldlening en een hogere nieuwe lening tegen een veel lagere rente. De consumenten wilden immers lagere maandlasten.

¹ Zie onder andere het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, rechtsoverweging 3.4.1, te vinden op www.rechtspraak.nl

- 3.6 De consumenten hebben daarentegen aangevoerd dat zij dan mogelijke andere keuzes zouden hebben gemaakt ('terug naar de tekentafel') of het traject misschien wel in geheel niet hadden doorgezet. Gelet op wat in de stukken naar voren is gebracht en tijdens de hoorzitting is besproken, is de commissie in ieder geval van oordeel dat de mogelijkheid dat de hypothecaire geldlening toch zou zijn omgezet een reële en zeker niet uitgesloten mogelijkheid was. Reden daarvoor is dat de consumenten, naast de wens om voor de aanleg van de tuin over een bedrag van € 40.000,- te beschikken, nog verschillende andere wensen hadden zoals (langdurig) lagere maandlasten en het (financieel gezien) zo lang mogelijk kunnen blijven wonen in de woning waarbij ook bij het bereiken van de AOW-leeftijd de lasten betaalbaar zouden blijven. Dat blijkt onder andere uit de door de adviseur aan de consumenten gestuurde e-mail waarin hij de uitgangspunten van het advies heeft opgesomd. Vast staat voorts dat de maandlasten door de omzetting circa € 1.000,- lager zijn geworden en dat een rentevaste periode van 30 jaar is overeengekomen, welke wijzigingen dus tegemoet komen aan de wensen van de consumenten. Dat de adviseur op deze punten en daarmee in zijn totaliteit een verkeerd advies heeft gegeven, is niet gesteld of gebleken.
- 3.7 Hoewel dus wel sprake is van een tekortkoming van de adviseur, kan naar het oordeel van de commissie de schade echter niet exact (objectief) worden vastgesteld. De (mogelijke) schade is afhankelijk van meerdere mogelijke keuzes waarvan achteraf niet gesteld kan worden of die op het concrete moment ook daadwerkelijk door de consumenten zouden zijn gemaakt. Daar komt bij dat de consumenten een (gestelde) schadepost dubbel hebben gevorderd. Zoals de adviseur terecht heeft aangevoerd betreft de vordering tot terugbetaling van het extra (betaalde) bedrag aan boeterente en het (niet ontvangen) bedrag van € 32.850,- dezelfde schade. Deze vermeende schade kan niet dubbel worden gevorderd.
- 3.8 Ter beëindiging van het geschil tussen de adviseur en de consumenten, acht de commissie het in dit geval redelijk en billijk om de schade te schatten gebaseerd op een afweging van alle mogelijke goede en kwade kansen zoals hierboven toegelicht. De commissie houdt daarbij rekening met de volgende omstandigheden. De berekening van de boeterente, zoals opgenomen in het financieringsvoorstel, was indicatief en wordt (uiteindelijk) vastgesteld door de bank. Daarbij gelden de gemaakte afspraken en voorwaarden van de bank, waarmee ook de consumenten verondersteld worden bekend te zijn. Hoewel zij van de adviseur mochten verwachten dat hij een juiste indicatie/berekening van de boeterente zou geven, hadden de consumenten ook een eigen verantwoordelijkheid om daarop toe te zien en de gegevens te controleren. Als de consumenten dat zouden hebben gedaan hadden zij het verschil ook zelf bij de concept nota van afrekening kunnen ontdekken, maar zij hebben daarover (vooraf) geen vragen gesteld aan de adviseur. De commissie leidt daaruit af dat de consumenten die nota kennelijk niet met de nodige zorgvuldigheid hebben bekeken. De zogeheten boeterente betreft tot slot kosten die aftrekbaar zijn van de inkomstenbelasting in het jaar van betaling waardoor een deel van het vermogensnadeel wordt opgeheven.

In het licht van het voorgaande is de commissie van oordeel dat de reeds eerder door de adviseur voorgestelde vergoeding van € 4.000,- in dit geval een redelijk en billijk bedrag is. De commissie zal de adviseur daarom opdragen om € 4.000,- aan de consumenten te vergoeden, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf het moment dat de consumenten de adviseur voor het eerst aansprakelijk hebben gesteld, te weten bij brief van 10 november 2021.

- 3.9 Omdat de consumenten gedeeltelijk in het gelijk zijn gesteld, is de adviseur ook gehouden tot vergoeding van de proceskosten conform het door Kifid vastgestelde en gehanteerde liquidatietarief. Uitgaande van I punt voor de (gehele) schriftelijke fase en I punt voor de mondelinge behandeling, en gebaseerd op het toegewezen bedrag van € 4.000,-, komt deze vergoeding voor de advocaat uit op € 300,-.
- 3.10 Het meer of anders gevorderde komt naar het oordeel van de commissie niet voor vergoeding in aanmerking.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de adviseur, binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd, een bedrag van € 4.000,- aan de consumenten vergoedt, vermeerderd met wettelijke rente daarover vanaf 10 november 2021 tot aan de dag van algehele voldoening, en een bedrag van € 300,- vanwege de kosten van rechtsbijstand, slechts vermeerderd met wettelijke rente indien de adviseur deze kosten niet binnen de gestelde termijn van vier weken heeft vergoed.

De commissie wijst het meer of anders gevorderde af.

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

Binnen 2 weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 1 maand na de verzenddatum van de uitspraak 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 vanaf 1 april 2017, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999

Website: www.kifid.nl