

Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2023-0162

(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. dr. ing. A.J. Verdaas,
mr. dr. S.O.H. Bakkerus, leden en mr. H.G.M. Spitsbaard, secretaris)

Datum uitspraak	24 februari 2023
Klacht van	De consument
Tegen	Advitas B.V., gevestigd te Alkmaar, verder te noemen de adviseur
Aard uitspraak	Niet-bindend advies
Uitkomst	Vordering toegewezen
Bijlage	Relevante bepalingen uit wetgeving

Samenvatting

Hypotheekadvies. De consument is telefonisch benaderd voor een adviesgesprek over zijn hypotheek. Op 24 november 2021 heeft de adviseur hem bezocht. Toen hebben partijen besproken om de hypotheek van de consument bij een andere bank onder te brengen. Er is een overeenkomst van opdracht ondertekend, de consument ontving daarvan geen exemplaar. Toen de consument op 12 januari 2022 zelf met de adviseur contact opnam omdat hij nog niets had vernomen, werd hem verteld dat de adviseur niet kan bemiddelen voor de door hem uitdrukkelijk gewenste geldverstrekker. De commissie overweegt dat op de adviseur een verzwaarde motiveringsplicht rust als het gaat om het aantonen van de afspraken die tussen de consument en hem als professionele dienstverlener zijn gemaakt. Het gaat daarbij immers om documenten die zich in zijn domein bevinden. Als de adviseur al een verzoek van de consument heeft ontvangen tot vernietiging van zijn dossier, dan blijft het zijn verantwoordelijkheid om overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:10 lid 1 BW op zodanige wijze een administratie te voeren en daartoe behorende bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde zijn rechten en plichten kunnen worden gekend. Het is de adviseur naar het oordeel van de commissie aan te rekenen dat hij de consument niet direct of zo spoedig mogelijk na het adviesgesprek heeft geïnformeerd dat hij niet kon bemiddelen voor de door de consument gewenste geldverstrekker en dat hij de overeengekomen opdracht niet is nagekomen. De schadeberekening van de consument heeft de adviseur niet betwist, zodat de hoogte van de schade vaststaat. De adviseur is aansprakelijk voor de door de consument gevorderde schade. De klacht van de consument is gegrond, zijn vordering wordt toegewezen.

I. Procedure

- I.1 De behandelend commissie, verder te noemen de commissie, beslist op basis van het reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) de aanvullende stukken van de consument; 3) het verweerschrift van de adviseur; 4) de repliek van de consument. De adviseur heeft geen gebruik van gemaakt van de geboden mogelijkheid om dupliek in te dienen.
- I.2 Partijen zijn opgeroepen voor een digitale hoorzitting op 19 oktober 2022. De consument nam deel aan de hoorzitting. Namens de adviseur namen deel de heer [naam 1], financieel adviseur en de heer [naam 2], hypotheekacceptant en klachtbehandelaar. Na de hoorzitting heeft de adviseur met toestemming van de commissie nog aanvullende stukken ingezonden, waarna de consument daarop heeft gereageerd.
- I.3 Partijen hebben gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.
- I.4 Na de hoorzitting is de enkelvoudige commissie uitgebreid met de leden mr. dr. ing. A.J. Verdaas en mr. dr. S.O.H. Bakkerus naar een meervoudige commissie. Partijen zijn hierover geïnformeerd.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 De adviseur heeft de consument telefonisch benaderd voor een vrijblijvend gesprek over de hypotheek. Op 24 november 2021 heeft bij de consument thuis een gesprek plaatsgevonden tussen de adviseur en de consument. Partijen hebben besproken om de huidige hypotheek van de consument bij ASR bij een Triodos Bank onder te brengen. De consument heeft een overeenkomst van opdracht en machtigingen ondertekend in verband met het oversluiten van zijn hypothecaire geldlening. De advieskosten bedroegen € 3.500,-.
- 2.2 Op 12 januari 2022 heeft de consument telefonisch contact met de adviseur opgenomen omdat hij niets meer van hem had gehoord. Hij vernam toen dat de adviseur niet mag bemiddelen voor de door de consument gewenste geldverstrekker. De adviseur had in plaats daarvan uit eigen beweging een offerte opgevraagd bij ASR.

In een e-mail van 13 januari 2022 om 10.19 uur schrijft de adviseur daarover aan de consument:

“Hierbij nogmaals mijn excuses voor de gemaakte fout in het adviestraject om de hypotheek te wijzigen. Zoals gisteren reeds telefonisch besproken volgt er geen factuur ondanks de door jullie jullie ondertekende opdracht tot dienstverlening. Het dossier dat ik van jullie heb is vernietigd. Ik vertrouw erop jullie hiermee voldoende te hebben geïnformeerd”

- 2.3 In een interne telefoonnotitie van 13 januari 2022, 12.54 uur van een backoffice medewerker aan de adviseur die de consument thuis had bezocht staat:

*“De heer [naam consument] belde in met het volgende:
Meneer wil graag via de mail een bewijs ontvangen dat wij niets meer gaan doen met de documenten waar hij een handtekening onder heeft geplaatst. Hij heeft het over een bemiddelingscontract en de machtigingen die hij ons heeft gegeven. Voor juridische redenen wilt hij het per mail ontvangen dat wij deze documenten niet meer gaan gebruiken. Ook heeft hij aangegeven dat hij het vreemd vond dat hij geen kopie had gehad na het tekenen van een contract, dat wou hij graag mededelen dat dit wel had moeten. Wil jij ervoor zorgen dat meneer hier een mail over krijgt?”*

- 2.4 De adviseur antwoordt per omgaande dat de consument al een email heeft ontvangen.

De klacht en vordering

- 2.5 De klacht van de consument is dat de adviseur zijn opdracht tot oversluiten van zijn hypotheek naar de door hem genoemde geldverstrekker tegen een rente van 1,5% niet heeft uitgevoerd. Na het bezoek van de adviseur bij hem thuis op 24 november 2021 vernam hij zeven weken niets meer, tot hij zelf contact opnam op 12 januari 2022. Hij vernam toen dat de adviseur niet kan bemiddelen voor de door hem gewenste geldverstrekker. De consument vindt dat de adviseur hem dit meteen of kort na het bezoek had moeten vertellen. Hij had niet gevraagd om de hypotheek over te sluiten bij zijn eigen geldverstrekker. Daar had hij geen adviseur voor nodig, dat kon hij zelf wel regelen. Dat heeft de consument vervolgens ook gedaan, maar doordat de rente intussen was gestegen moest dat tegen een hogere rente van 1,8%. Ook klaagt de consument erover dat hem na het adviesgesprek geen exemplaar van de door hem ondertekende opdracht tot dienstverlening is verstrekt en dat hij die desgevraagd later ook niet meer kreeg omdat hij in het telefoongesprek van 12 januari 2022 zou hebben verzocht om de opdracht tot dienstverlening en de daarbij behorende documenten te vernietigen. De consument betwist dat hij daartoe opdracht heeft gegeven. Hij heeft alleen gevraagd om de overeenkomst te ontbinden en de afgegeven machtigingen niet meer te gebruiken. De consument vindt dat de adviseur ook tekort is geschoten in de nakoming van de opdracht tot oversluiten van zijn hypotheek door pas zeven weken later desgevraagd te laten weten dat hij daar niet aan kon voldoen.

De consument vordert vergoeding van de hierdoor ontstane schade, te weten het renteverskil van 0,3% over het bedrag van de geldlening van € 230.000,-, gedurende een periode van 25 jaar.

Het verweer

- 2.6 De adviseur heeft de volgende verweren gevoerd. De afspraken die tijdens een adviesgesprek gemaakt zijn, worden altijd bevestigd in het adviesrapport. In dit geval is het zover niet gekomen. Alle documenten van het dossier zijn vernietigd op uitdrukkelijk verzoek van de consument in het telefoongesprek van 12 januari 2022. Of er gesproken is over een rente van 1,5% moet blijken uit aantekeningen van de adviseur, maar die zijn op verzoek van de consument vernietigd. Rentepercentages worden vanzelfsprekend besproken in het adviesgesprek, maar niet eerder bevestigd dan in het renteaanbod. Zo kan tussen een adviesgesprek en het renteaanbod een renteverhoging hebben gezeten waardoor het besproken rentepercentage niet waargemaakt kan worden. De tijd tussen het adviesgesprek en het oversluiten van de hypotheek bedraagt gemiddeld 10 weken. De adviseur erkent dat hij de consument op de hoogte had moeten houden van de voortgang en biedt excuses aan dat hij dit niet heeft gedaan. De adviseur erkent ook dat hij niet mag bemiddelen voor de door de consument gewenste geldverstrekker, maar stelt dat hij het tarief wel mag meenemen in een vergelijking op voorwaarden. De adviseur is van mening dat de consument geen schade heeft geleden. Integendeel, als hij de consument niet had benaderd, zou hij niet op de hoogte zijn geweest van de besparingsmogelijkheden.

3. De beoordeling

Waar gaat het om?

- 3.1 De commissie ziet zich gesteld voor de vraag of de adviseur tekort is geschoten in zijn dienstverlening tegenover de consument en zo ja, of de adviseur gehouden is tot het betalen van een schadevergoeding.

Juridisch kader van de zorgplicht van de adviseur

- 3.2 De rechtsverhouding tussen de adviseur en de consument moet worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 lid I van het Burgerlijk Wetboek (BW), zie bijlage. Op de adviseur rust als opdrachtnemer een zorgplicht in die zin dat de adviseur tegenover zijn opdrachtgever de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en een redelijk handelend adviseur mag worden verwacht¹. De inhoud van deze zorgplicht is ingevuld in de rechtspraak.

¹ HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, overweging 3.4.1 te vinden op www.rechtspraak.nl

Daaruit blijkt dat van een adviseur mag worden verwacht dat hij beschikt over de nodige deskundigheid en vakkennis, dat hij de financiële belangen van zijn klant naar beste weten en kunnen behartigt en dat hij zijn klant op zorgvuldige wijze adviseert. Neemt de adviseur niet de vereiste zorg in acht, dan is hij aansprakelijk voor de schade die de consument als gevolg daarvan lijdt.

- 3.3 De commissie oordeelt dat de adviseur onzorgvuldig heeft gehandeld door na het adviesgesprek van 24 november 2021 zeven weken lang niets meer van zich te laten horen. Dit geldt ook voor het feit dat de adviseur de consument niet heeft verteld dat hij niet kan bemiddelen bij het oversluiten van de hypotheek naar de geldverstrekker die de consument had genoemd. Als hij dat al niet meteen tijdens het adviesgesprek kon vertellen, had hij dat in ieder geval kort daarna moeten doen.
- 3.4 Volgens de consument is in het adviesgesprek van 24 november 2021 afgesproken dat zijn bestaande hypothecaire geldlening met een hoofdsom van € 230.000,- zou worden overgesloten naar een door hem genoemde geldverstrekker tegen een rente van 1,5%. De adviseur betwist dit. De commissie passeert dit verweer. Op de adviseur als professionele dienstverlener rust een verzwaarde motiveringsplicht als het gaat om te onderbouwen welke afspraken de consument en de adviseur hebben gemaakt. Het gaat daarbij immers om de overeenkomst van opdracht waarvan de consument geen afschrift is verstrekt en die zich daarmee dus in het domein van de adviseur bevond.² Deze verzwaarde motiveringsplicht betekent dat de adviseur ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de consument voldoende feitelijke gegevens, zoals de overeenkomst van opdracht of notities van het adviesgesprek, moet verstrekken om de consument aanknopingspunten te verschaffen voor een eventuele bewijslevering. De adviseur heeft die documenten niet overgelegd. Naar eigen zeggen heeft hij alle documentatie in dit dossier op verzoek van de consument vernietigd. Als de adviseur dit verzoek al van de consument heeft ontvangen, dan laat dit zijn verantwoordelijkheid onverlet om overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:10 lid 1 BW (zie bijlage) op zodanige wijze een administratie te voeren en daartoe behorende bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde zijn rechten en plichten kunnen worden gekend. Daarbij komt dat in het e-mailbericht van de adviseur aan de consument van 13 januari 2022 wel staat dat hij het dossier heeft vernietigd, maar niet dat hij dit op verzoek van de consument heeft gedaan.
- 3.5 Omdat de adviseur de hiervoor genoemde documenten niet aan de commissie heeft overgelegd en hij zijn verweer niet voldoende heeft onderbouwd, heeft hij niet voldaan aan zijn verzwaarde motiveringsplicht.

² HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, CvB Kifid 2010-382, GC Kifid 2019-347 en GC Kifid 2020-683

De commissie moet er daarom uitgaan van de lezing van de consument dat is afgesproken dat de adviseur zorg zou dragen voor het oversluiten van de hypotheek naar de door de hem gewenste geldverstrekker tegen een rente van 1,5%.

Aansprakelijkheid en schade

3.6 Het is de adviseur naar het oordeel van de commissie aan te rekenen dat hij de consument niet direct of kort na het adviesgesprek heeft geïnformeerd dat hij niet kon bemiddelen voor de door de consument genoemde geldverstrekker en dat hij de overeengekomen opdracht niet is nagekomen. Dat de consument dankzij de informatie van de adviseur op de hoogte was van de besparingsmogelijkheden laat onverlet dat de adviseur aansprakelijk is voor de schade door een tekortkoming in de uitvoering van de door hem geaccepteerde opdracht. De schadeberekening van de consument heeft de adviseur niet betwist, zodat de hoogte van de schade vaststaat. De adviseur is aansprakelijk voor de door de consument gevorderde schade. De commissie gaat bij de vaststelling van de schade uit van de door de adviseur genoemde gebruikelijke periode van 10 weken tussen het adviesgesprek en het oversluiten van de hypotheek, zodat de consument dan vanaf 2 februari 2022 een lagere rente zou zijn gaan betalen. De door de consument gestelde schade van 0,3% over de hoofdsom van € 230.000,- over een periode van 25 jaar zal daarom gerekend vanaf 2 februari 2022 worden toegewezen.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de adviseur een bedrag gelijk aan 0,3% over € 230.000,- gedurende 25 jaar gerekend vanaf 2 februari 2022 aan de consument vergoedt, binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd.

Deze uitspraak is niet-bindend. 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 verzending van de uitspraak kunt u schriftelijk verzoeken een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout te herstellen. De beslissing in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 2 weken na verzending van de uitspraak schriftelijk verzoeken de uitspraak aan te vullen als u vindt dat niet op alle onderdelen van uw vordering is beslist. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de Geschillencommissie Kifid niet op al uw argumenten is ingegaan. Meer informatie hierover staat onder vraag 58 en 59 van het Reglement Geschillencommissie Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999

Website: www.kifid.nl

Bijlage - Relevante bepalingen uit wetgeving

In deze bijlage staan de in de uitspraak genoemde wetsartikelen uit het Burgerlijk Wetboek

Boek 2 Rechtspersonen

Artikel 10

1. Het bestuur is verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend.
2. (...)

Boek 7 Bijzondere overeenkomsten

Artikel 400

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. (...)