

Dynamisch maar ongrijpbaar:

Zorgplicht van hypotheekadviseurs

De omvang van de zorgplicht die op hypotheekadviseurs rust kan grotendeels uit regelgeving en jurisprudentie worden afgeleid. Toch hangt de invulling van de zorgplicht telkens af van de omstandigheden van het geval. Dat maakt de zorgplicht een dynamisch, maar vaak ook ongrijpbaar begrip.

In dit artikel bespreken wij drie recente uitspraken van de civiele rechter en het Klachteninstituut financiële dienstverlening ("Kifid") die de zorgplicht verder inkleuren wanneer het gaat om het invoeren van het financieringsvoorbehoud, de inhoud van een financieringsvoorstel en het verschaffen van informatie over de variabele rente op een hypothecaire lening.

Zorgplicht

Op elke hypotheekadviseur rust een zorgplicht. De relatie tussen de klant en de hypotheekadviseur kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht als bedoeld in art. 7:400 BW. De hypotheekadviseur is als opdrachtnemer gehouden om bij de uitvoering van de werkzaamheden jegens de klant de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. De hypotheekadviseur dient te handelen overeenkomstig hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht. Een adviseur is aansprakelijk als een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur hetzelfde advies niet zou hebben gegeven.

Naast de privaatrechtelijke zorgplicht heeft een hypotheekadviseur een publiekrechtelijke zorgplicht. Deze vloeit voort uit art. 4:23 Wet op het financieel toezicht, waarin het *ken-uw-cliënt-beginsel* is neergelegd voor advies aan consumenten. Volgens dit beginsel bestaat een advies uit drie fases. De *eerste fase* is de onderzoeksfase, waarin informatie over de klant wordt ingewonnen. In de *tweede fase* wordt een advies gegeven dat aansluit bij de gegeven informatie. De *derde fase* houdt in dat het advies en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen aan de klant worden toegelicht.



In de praktijk verdient het aanbeveling om het financieringsvoorbehoud ter sprake te brengen

De hypotheekadviseur heeft kort gezegd een verplichting om:

- Informatie in te winnen bij de klant over zijn kennis en ervaring, doelstellingen en risicobereidheid om ervoor te zorgen dat de adviezen aansluiten bij de wensen en mogelijkheden;
- Voldoende duidelijke en juiste informatie te verstrekken om de klant in staat te stellen een verantwoorde keuze te maken.

De concrete invulling van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Recente uitspraken over de zorgplicht van hypotheekadviseurs kleuren de reikwijdte van de zorgplicht steeds verder in.

Financieringsvoorbehoud

Het financieringsvoorbehoud is een gebruikelijk onderdeel van een koopovereenkomst voor een woning. Onder omstandigheden moet een hypotheekadviseur zich de belangen van de klant bij het tijdig inroepen van het financieringsvoorbehoud aantrekken. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft onlangs verduidelijkt dat dat ook het geval is wanneer de klant zelfstandig een koopovereenkomst aangaat. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat het op de weg van de hypotheekadviseur ligt om te onderzoeken of bij de koopovereenkomst van zijn klant ook een financieringsvoorbehoud is gemaakt. De hypotheekadviseur is onder omstandigheden gehouden om de klant de waarschuwen voor de gevolgen van het verstrijken van die termijn.

In deze casus had de klant zelf een koopovereenkomst van een woning gesloten waarin een financieringsvoorbehoud was opgenomen. De klant

heeft vervolgens advies ingewonnen bij een hypotheekadviseur voor het verkrijgen van financiering voor de koopwoning. De klant heeft daarbij een rooskleuriger beeld van haar werksituatie geschetst dan het geval was. Uiteindelijk werden twee financieringsaanvragen afgewezen omdat er geen (uitzicht op een) vast dienstverband was. Als gevolg daarvan kon de klant de koopovereenkomst niet nakomen en werd een boete in rekening gebracht. De klant probeerde vervolgens de boete bij de hypotheekadviseur in rekening te brengen.

Het Gerechtshof oordeelde dat een hypotheekadviseur, zelfs als het gaat om een koopovereenkomst die is gesloten zonder tussenkomst en bemoeienis van de hypotheekadviseur, zich de belangen van zijn cliënt bij het tijdig inroepen van het financieringsvoorbehoud moet aantrekken. Concreet betekent dit dat een hypotheekadviseur zijn klant tijdig moet informeren over het uitblijven van resultaat van zijn inspanningen, zodat de klant nog in staat is het financieringsvoorbehoud in te roepen en de schade te beperken. Hoewel de klant uiteindelijk zelf verantwoordelijk is voor het tijdig inroepen van het financieringsvoorbehoud, moet de hypotheekadviseur nagaan of sprake is van een financieringsvoorbehoud en moet de adviseur onder omstandigheden de klant tijdig waarschuwen voor de gevolgen van het verstrijken van die termijn.

Het is daarbij niet relevant of de klant al dan niet tijdig de vereiste informatie bij de hypotheekadviseur heeft aangeleverd. De hypotheekadviseur heeft een zelfstandige verplichting om het financieringsvoorbehoud aan de orde te stellen.

Leg afspraken met klant goed vast zodat is vast te stellen of de adviseur heeft gehandeld zoals mocht worden verwacht

In de praktijk verdient het dus aanbeveling om het financieringsvoorbehoud ter sprake te brengen. Wanneer geen uitzicht is op financiering moet de hypotheekadviseur de klant tijdig wijzen op het financieringsvoorbehoud en de klant waarschuwen voor de contractuele boete die zal worden opgelegd als het financieringsvoorbehoud niet wordt ingeroepen. Om bewijsproblemen in een eventuele procedure te voorkomen, is het raadzaam om dit vast te leggen in gespreksverslagen of e-mails.

De inhoud van een financieringsvoorstel

De zorgplicht voor hypotheekadviseurs brengt ook met zich mee dat een advies inhoudelijk deugdelijk moet zijn. De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening ("Geschillencommissie") oordeelde recentelijk dat een hypotheekadviseur niet aan zijn zorgplicht had voldaan, door financieringsvoorstellen te presenteren die alleen zagen op één type product van dezelfde aanbieder.

In dit geval benaderde een consument een hypotheekadviseur in verband met het oversluiten van de bestaande hypothecaire geldlening. De klant ontving vervolgens slechts drie financieringsvoorstellen, die allen zagen op een bankspaarhypotheek en afkomstig waren van dezelfde aanbieder. De Geschillencommissie oordeelde dat het advies te mager was, ongeacht hetgeen de klant precies heeft gevraagd en wat tussen de adviseur en de klant is afgesproken. De adviseur heeft bijvoorbeeld geen alternatieven onder de aandacht ge-

bracht en ook is niet gebleken dat de klant een weloverwogen keuze heeft kunnen maken.

De inspanning die van de hypotheekadviseur mag worden verwacht zal van de omstandigheden van het geval afhangen, waaronder ook de specifieke afspraken die met de klant worden gemaakt. De verwachtingen van de klant dienen dan ook te worden vastgelegd. De Geschillencommissie heeft duidelijk gemaakt dat een advies dat bestaat uit drie financieringsvoorstellen die allen zien op een type product van eenzelfde aanbieder in ieder geval onvoldoende is.

Informatieverschaffing over de rente

Van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag verder worden verwacht dat in het advies de rente aan de orde wordt gesteld en dat alle relevante kenmerken worden besproken. De adviseur moet daarbij steeds voor ogen houden dat de klant aan de hand van het advies een weloverwogen keuze moet maken.

De Commissie van Beroep van het Kifid oordeelde kort geleden dat een hypotheekadviseur bij een hypothecaire lening met een variabele rente met een opslag de consument moet informeren over de specifieke kenmerken van de opslag. Daaronder valt ook de bevoegdheid van de bank om de opslag te wijzigen.

Dit geval betrof een hypotheekadvies dat werd verstrekt door een adviseur van een bank. Volgens het advies zou een deel van de lening een rentepercentage hebben van 3,63% met een rentevastperiode Euribor. Vervolgens heeft de bank een offerte uitgebracht waaruit volgt dat drie van de vier leningdelen een nominaal rentepercentage hebben van 3,040% en een rentevastperiode van 1 maand Euribor. Uit de leningsvoorwaarden bleek vervolgens dat het Euribortarief moet wor-



Gidget Brugman

den vermeerderd met een opslag en dat de bank de bevoegdheid heeft om de opslag te wijzigen.

De klant verklaarde dat hij in de veronderstelling verkeerde dat de opslag 'vast' was en dat de opslag verder bij de advisering niet ter sprake is gekomen. De Commissie oordeelde dat het op de weg van de financiële instelling lag om aan te tonen dat aan de informatieplicht was voldaan. De bank kon in de procedure echter niet voldoende weerspreken dat niet was gesproken over de opslag en de bevoegdheid om de opslag te wijzigen. De Commissie oordeelde daarom dat niet was gehandeld op een wijze die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht.



Esmée Hoogenkamp
beiden zijn werkzaam bij
BarentsKrans

Of de adviseur ook aansprakelijk wordt gehouden voor de geleden schade hangt vervolgens af van de vraag of de klant een andere hypothecaire lening had kunnen afsluiten die wat betreft de rentecondities vergelijkbaar is met de betreffende lening, en die een niet voor wijziging vatbare opslag op de rente kende die niet hoger was dan de opslag van de onderhavige rente.

In dit geval werd als peilmoment aangesloten bij de datum van de offerte van de bank. De Commissie heeft vervolgens de door de klant overge-

legde alternatieve financieringen uit die periode onderzocht. Hieruit bleek niet dat de klant een andere lening zou hebben afgesloten met betere rentevooraarden. Hoewel de Commissie dus wel besloot dat de adviseur was tekortgeschoten, werd hij uiteindelijk niet aansprakelijk gehouden voor vergoeding van de schade.

Conclusie

Vast staat dat een hypotheekadviseur zich redelijk en bekwaam moet opstellen tegenover zijn klanten. Dat brengt o.a. concreet met zich mee dat de klant op het financieringsvoorbehoud moet worden gewezen en soms zelfs moet worden gewaarschuwd voor het verstrijken van de termijn voor het invoeren van het voorbehoud. Ook moeten voldoende inspanningen worden verricht om meerdere financieringsvoorstellen voor te leggen en alternatieven onder de aandacht te brengen. Daarnaast moet op de wezenlijke kenmerken van de leningsdocumentatie worden gewezen, waaronder niet alleen het rentepercentage moet worden verstaan, maar ook de opslag en de bevoegdheid om die opslag te wijzigen.

'Tot slot geldt in alle gevallen: leg de afspraken met de klant goed vast zodat achteraf is vast te stellen of de adviseur heeft gehandeld zoals van hem mocht worden verwacht.