Uitspraken

< Nieuwe zoekopdracht

Deze uitspraak is geanonimiseerd volgens de anonimiseringsrichtlijnen.

Deze melding niet meer tonen

ECLI:NL:RBROT:2016:1693

Uitspraak delen

Instantie Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak 09-03-2016
Datum publicatie 11-03-2016
Zaaknummer C/10/476855 / HA ZA 15-596
Rechtsgebieden Civiel recht
Bijzondere kenmerken Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie Zorgplicht hypotheekadviseur
Vindplaatsen Rechtspraak.nl
Verrijkte uitspraak

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Team haven en handel

zaaknummer / rolnummer: C/10/476855 / HA ZA 15-596

Vonnis van 9 maart 2016

in de zaak van

1 **[eiser] ,**
wonende te [woonplaats 1] ,
2. **[eiseres]**,
wonende te [woonplaats 2] ,
eisers,
advocaat mr. G.C. Haulussy,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DE HYPOTHEKER ROTTERDAM WESTBLAAK B.V.,
gevestigd te Rotterdam,

2. de naamloze vennootschap

HDI-GERLING VERZEKERINGEN N.V.,
gevestigd te Rotterdam,
gedaagden,
advocaat mr. D. Knottenbelt.

Eisers zullen hierna [eisers] . genoemd worden, gedaagden afzonderlijk De Hypotheker respectievelijk HDI-Gerling en gezamenlijk De Hypotheker c.s.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 19 mei 2015, met 18 producties;
- de conclusie van antwoord, met vijf producties;
- de brief van de advocaat van [eisers] . van 30 oktober 2015, met twee producties;
- het tussenvonnis van 9 september 2015 waarbij een comparitie van partijen is bevolen;
- het proces-verbaal van comparitie van 9 november 2015;
- de brief van de rechtbank van 17 februari 2016;
- het faxbericht van de advocaat van [eisers] . van 24 februari 2016.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

1.3. In genoemde brief van 17 februari 2016 heeft de rechtbank, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3076), de advocaten bericht dat de rechter ten overstaan van wie de comparitie van partijen heeft plaatsgevonden niet in staat is het vonnis te wijzen, dat een andere rechter het vonnis zal wijzen en dat zij de gelegenheid krijgen aan te geven of zij hiermee kunnen instemmen. Uit het hieropvolgende stilzwijgen van de advocaat van De Hypotheker c.s. leidt de rechtbank af dat deze advocaat kan instemmen met het achterwege blijven van een tweede mondelinge behandeling. De advocaat van [eisers] ., daarentegen, heeft bij bovengenoemd faxbericht aangegeven dat [eisers] . een nieuwe mondelinge behandeling wensen.

Van de eerdere mondelinge behandeling in deze zaak is een uitvoerig inhoudelijk proces-verbaal opgemaakt dat ruimschoots vóór bedoelde mededeling aan partijen ter beschikking is gesteld. De rechtbank wijst het verzoek van de advocaat van [eisers] . af in het belang van een voortvarende procesvoering. Het gelasten van een nieuwe mondelinge behandeling zou leiden tot een verlenging van de procedure met ten minste drie maanden. Die vertraging acht de rechtbank onredelijk, mede gelet op de goed gedocumenteerde inhoud van de (eerste) mondelinge behandeling.

2 De vaststaande feiten

2.1. [eisers] . zijn echtelieden. De Hypotheker bemiddelt bij de aanvraag van hypotheken en verzekeringen. HDI-Gerling is haar beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar.

2.2. In 1997 wenden [eisers] . zich tot De Hypotheker voor de financiering van een koopwoning aan de [adres] . Naar aanleiding hiervan bemiddelt De Hypotheker voor [eisers] . bij de totstandkoming van een zogenaamd 'DBV Hypotheekplan' met Spaarinvest Verzekering bij respectievelijk Bouwfonds Hypotheken B.V. en DBV Levensverzekeringsmaatschappij N.V. (hierna: DBV). De totale hypothecaire lening bedraagt NLG 617.200,-- (€ 280.073,02), welk bedrag is gesplitst in een overbruggingshypotheekdeel, een aflossingsvrij hypotheekdeel en een spaarhypotheekdeel. Ter aflossing van het spaarhypotheekdeel sluiten [eisers] . een zogenaamde 'Spaarinvest Verzekering', met polisnummer [polisnummer] , bij DBV met een looptijd tot 1 oktober 2017. Om fiscale redenen wordt ervoor gekozen de premies voor deze spaarhypotheek vooraf in een depot te storten.

2.3. In december 2002 wenden [eisers] . zich opnieuw tot De Hypotheker, ditmaal om hun DBV Hypotheekplan om te zetten. De hoogte van de hypotheek van [eisers] . is op dat moment € 259.108,50. Na omzetting wordt deze som gesplitst in de volgende twee hypotheekdelen:

a. een aflossingsvrij hypotheekdeel van € 136.081,88, met een looptijd van 75 jaar en een rentevastheidsperiode van 20 jaar;
b. een spaarhypotheekdeel van € 123.026,62, met een looptijd van 15 jaar (tot 1 oktober 2017) en een rentevastheidsperiode van 20 jaar, met daaraan gekoppeld de levensverzekering.

2.4. In 2008 blijkt het hierboven in 2.2 genoemde depot leeggeraakt te zijn. [eisers] . wenden zich vervolgens in november 2008 tot De Hypotheker met een verzoek om advies. Zij spreken vervolgens met adviseur [adviseur] (hierna: [adviseur]) van De Hypotheker. [adviseur] voorziet [eisers] . mondeling van advies. Verder wordt door [adviseur] ten behoeve van [eisers] . een schriftelijk stuk, getiteld "Uw Hypotheekinformatie", opgesteld (prod. 1 van [eisers] .; hierna te noemen: het Hypotheekadvies), dat zowel door [eisers] . als door [adviseur] is ondertekend, door [eisers] . op 25 juni 2009.

2.5. Nadat [eisers] . met [adviseur] hebben gesproken, dient De Hypotheker, in de persoon van [adviseur] , op 18 november 2008 een aanvraag in bij ABN AMRO Hypotheken Groep B.V., die handelt onder de naam "Florius" en hierna zal worden genoemd "Florius", voor het wijzigen van het spaarhypotheekdeel van [eisers] . Op 28 november 2008 verzoeken [eisers] . aan DBV om het premiedepot van de levensverzekering te beëindigen.

2.6. Op 11 februari 2009 brengt Florius een offerte uit, die door [eisers] . op 27 februari 2009 wordt geaccepteerd. Uit deze offerte van Florius volgt dat de hoogte van de hypotheek van [eisers] . per 1 april 2009 € 173.312,71 bedraagt en in de volgende twee delen wordt gesplitst:

a. een aflossingsvrij hypotheekdeel van € 116.078,44, met een looptijd van 75 jaar en een rentevastheidsperiode van 20 jaar;
b. een annuïteitenhypotheekdeel van € 57.234,27, met een looptijd van 30 jaar en een rentevastheidsperiode van 20 jaar.

2.7. Op of omstreeks 1 april 2009 wordt de hypotheek van [eisers] . omgezet overeenkomstig genoemde offerte van Florius.

2.8. In het Hypotheekadvies is het volgende opgenomen - aangehaald voor zover relevant:

"**4. Uw Hypotheek**

[…]

U heeft gekozen voor een hypotheek bij Florius Profijt twaalf. De totale hypotheek bedraagt € 173.312,-. De verschuldigde bruto maandlast bedraagt € 1.017,-.

Op dit moment heeft u een bestaande hypotheek bij ING bank. U heeft ervoor gekozen deze hypotheek over te sluiten. Met het bedrag dat vrijkomt uit uw nieuwe hypotheek, wordt de oorspronkelijke hypotheekschuld volledig afgelost.

Het oversluiten van uw hypotheek gaat met kosten gepaard. Denkt u aan notariskosten voor het opnieuw laten passeren van uw hypotheek, taxatiekosten, afsluitkosten aan de nieuwe geldverstrekker en eventueel verschuldigde boeterente voor het 'openbreken' van uw oude contract. Al deze kosten kunt u (onder voorwaarden) meefinancieren in uw nieuwe hypotheek. Uw totale hypotheekschuld is hierdoor na het oversluiten hoger dan ervoor. In bijlage 3 vindt u een opgave van de kosten en het benodigde hypotheekbedrag.

Het is van belang te weten hoe lang het duurt totdat u de kosten heeft terugverdiend, het zogenoemde 'break-even-point'. Wij hebben uw huidige hypotheeklasten vergeleken met de nieuwe hypotheeklasten en het verschil afgezet tegen de te maken kosten. Hieruit blijkt dat u de kosten voor het oversluiten terugverdient binnen de nieuwe rentevaste periode.

[…]

6 Waarom dit advies?

[…]

[Adviesmotivatie]
Risico van overlijden Wij hebben uw nabestaandenvoorzieningen onderzocht en berekend wat er met uw inkomen gebeurt als u of uw partner onverhoopt zou komen te overlijden. Het resterende inkomen na overlijden is zodanig dat daaruit de lasten van de hypotheek opgebracht kunnen worden. Daarom hoeft de hypotheekschuld bij overlijden niet te kunnen worden afgelost.

[..]

[Adviesmotivatie]
Fiscaliteiten Uw bestaande verzekering wordt beëindigd. De afkoopwaarde wordt aan u uitgekeerd. U heeft dit bedrag ter beschikking. Uit de door u verstrekte gegevens blijkt dat de uitkering belastingvrij is."

2.9. In augustus 2012 ontvangen [eisers] . een brief van de Belastingdienst met vragen in verband met de afkoop van de levensverzekering die was verbonden aan de hypothecaire geldlening (prod. 2 van [eisers] .). Als toelichting op deze vragen wordt in deze brief het volgende vermeld:

"*Periodieke uitkeringen*
Ik heb informatie ontvangen waaruit blijkt dat uw partner een uitkering heeft ontvangen uit een polis van levensverzekering. Het betreft de verzekering met polisnummer 5. [polisnummer] . Uit de verstrekte informatie leid ik af dat sprake is van een kapitaalverzekering en dat niet voldaan is aan de vrijstellingsvoorwaarden. Het in de uitkering begrepen rentebestanddeel ad € 28.218 is daarom belast en behoort tot de inkomsten uit werk en woning. In de aangifte heeft u hiervan geen melding gemaakt. In verband hiermee verzoek ik u de volgende vragen te beantwoorden."

2.10. Naar aanleiding van deze brief sturen [eisers] . op 6 september 2012 een e-mailbericht aan De Hypotheker (prod. 3 van [eisers] .). Op 14 september 2012 wordt hierop door De Hypotheker per e-mailbericht gereageerd (prod. 4 van [eisers] .). Bij brief van 19 september 2012 stellen [eisers] . De Hypotheker aansprakelijk voor de door hen geleden en te lijden schade als gevolg van de door De Hypotheker gegeven adviezen (prod. 5 van [eisers] .). Deze brief wordt door De Hypotheker doorgestuurd naar Schouten Insurance International B.V. (hierna: Schouten Insurance), haar toenmalige beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Bij brief van 24 september 2012 geven [eisers] . een reactie op genoemde vragen aan hen van de Belastingdienst (prod. 7 van [eisers] .). Bij brief van 22 november 2012 ontvangen [eisers] . een reactie van Schouten Insurance (prod. 8), welke brief als volgt luidt - aangehaald voor zover relevant:

"In dezen treden wij op als beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de Hypotheker Rotterdam Westblaak. Via verzekerde hebben wij uw aansprakelijkstelling ontvangen en hierop de behandeling van het dossier overgenomen.

Als wij het goed zien, verwijt u verzekerde dat deze u onjuist heeft geadviseerd bij het oversluiten van uw hypotheek. Zo zou verzekerde u hebben laten weten dat u de reeds lopende levensverzekering belastingvrij zou kunnen aflossen. Nu dit advies onjuist blijkt te zijn en u - als u goed was geïnformeerd - de hypotheek niet had overgesloten, meent u dat verzekerde voor een eventuele naheffing van de belastingdienst dient op te komen.

Wij kunnen het met u eens zijn. Ons inziens heeft verzekerde inderdaad over het hoofd gezien dat u - over het winstdeel van de afkoopsom - belasting diende te betalen terwijl u recht had op een belastingvrije uitkering indien u nog slechts 3 jaar zou wachten. Daarnaast was er - volgens verzekerde - ook verder geen goede reden om uw hypotheek per se voor die tijd over te sluiten.

U vindt ons dan ook bereid om een eventuele naheffing van de belastingdienst aan u te vergoeden. Zodra u nader van de belastingdienst verneemt dan horen wij dit graag. In dat geval ontvangen wij ook graag een copie van de naheffing alsmede een copie van de correspondentie met betrekking tot de afkoop van de verzekering."

2.11. In januari 2013 besluiten [eisers] . juridische bijstand in te roepen van juridisch adviesbureau Rechtsagent te Spijkenisse (hierna: De Rechtsagent). Bij brief van 2013 stelt De Rechtsagent De Hypotheker aansprakelijk voor de overige schade naast de te verwachten naheffingsaanslag (prod. 11 van [eisers] .). Op deze brief wordt door HDI-Gerling, waaraan Schouten Insurance het dossier inzake [eisers] ./De Hypotheker heeft overgedragen, bij brief van 22 februari 2013 aan de Rechtsagent (prod. 13 van [eisers] .) gereageerd. Hierin deelt HDI-Gerling het volgende mede - aangehaald voor zover relevant:

"Uit de stukken maken wij op dat verzekerde in september 2012 door uw cliënt, de heer [eiser] aansprakelijk is gesteld aangezien verzekerde een onjuist hypotheekadvies zou hebben gegeven. Schouten heeft hier namens verzekerde in november 2012 op gereageerd en aansprakelijkheid namens verzekerde erkend. Schouten gaf aan dat mocht een naheffing door de Belastingdienst worden opgelegd, verzekerde bereid is deze vergoeding voor zijn rekening te nemen.

In uw brieven van 16 januari jl. en 19 februari jl. stelt u echter dat uw cliënt meer schade lijdt dan de eerste gevorderde naheffing van de Belastingdienst. Zo zou uw cliënt schade lijden in de vorm van het missen van spaarwaarde, ten gevolge van de opgelegde boete en afsluitkosten, schade in de vorm van het betalen van een hogere rente en schade indien de huidige hypothecaire lening niet wordt ontbonden.

Los van het feit dat deze schade niet nader wordt gespecificeerd geldt het volgende.

Uw cliënt mist geen spaarwaarde ten gevolge van de vroegtijdige uitbetaling. De afkoopwaarde van de spaarpolis is van het hypotheekbedrag afgetrokken en alleen de spaarvorm is aangepast naar annuïteit. Wat bij een spaarhypotheek gespaard zou worden, wordt in exact dezelfde verhouding bij een annuïteitenvorm juist afgelost. Het enige nadeel is dat bij een annuïteitenvorm - in tegenstelling tot bij een spaarhypotheek - de belastingaftrek steeds minder zou worden. Uw cliënt had echter de wens af te lossen en niet meer te sparen, dus conform de wens van uw cliënt is zijn hypotheek ook omgezet naar de annuïteitsvorm. Uw stelling dat uw cliënt spaarwaarde zou missen gaat dan ook niet op.

De vermeend opgelegde boete en de vermeend gemaakte kosten met betrekking tot de afsluiting zijn volgens verzekerde niet aan de orde geweest en kunnen dan ook niet als schade worden gevorderd.

Met betrekking tot het betalen van een hogere rente het volgende. Er is geen sprake van renteverandering geweest bij de omzetting van de hypotheek van uw cliënt; alleen het product is aangepast van een spaarvorm naar een annuïteitenvorm. Uw stelling dat een hogere rente door de omzetting zou moeten worden betaald is dan ook niet aan orde.

Gezien het bovenstaande wijzen wij het meerdere gevorderde dan ook af en blijven wij bij ons standpunt dat wij bereid zijn een eventuele naheffing van de belastingdienst aan uw cliënt te vergoeden.

Onder voorbehoud van alle rechten en weren van verzekerde, tekenen wij".

2.12. Op 24 mei 2013 legt de Belastingdienst [eisers] . een naheffingsaanslag op (prod. 10 van [eisers] .).

2.13. [eisers] . besluiten vervolgens om van de door hen beweerdelijk geleden schade een berekening te laten opstellen door het bureau Fine Tuning Personal Finance (FTPF) (hierna: FTPF). Dit bureau stelt op 25 juni 2013 een rapportage op, die inhoudt dat de door [eisers] . geleden schade (exclusief de buitengerechtelijke kosten) € 73.742,90 bedraagt (prod. 14 van [eisers] .).

2.14. Door HDI-Gerling wordt de naheffingsaanslag van € 16.166,45 begin april 2014 aan [eisers] . vergoed.

2.15. FTPF stelt vervolgens een nadere rapportage op, die inhoudt dat de schade € 114.000,00 bedraagt (prod. 18 van [eisers] .).

3 Het geschil

3.1. [eisers] . vorderen dat de rechtbank bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. voor recht verklaart dat De Hypotheker c.s. toerekenbaar tekort zijn geschoten, althans onrechtmatig hebben gehandeld, jegens [eisers] .;
2. De Hypotheker c.s. veroordeelt tot vergoeding van de door [eisers] . geleden schade, nader op te maken bij staat;
3. De Hypotheker c.s. veroordelen in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betekening van het in dezen te wijzen vonnis.

3.2. Hieraan leggen [eisers] . de volgende stellingen ten grondslag:

- De Hypotheker is tekortgeschoten in haar contractuele verplichtingen jegens [eisers] .; zij heeft niet gehandeld als van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakman mag worden verwacht;
- het gaat hier om de volgende tekortkomingen van De Hypotheker - in de woorden van [eisers] .:

"

a. Geen overlijdensdekking laten vanaf 1 januari 2009 tot en met 1 oktober 2017;
b. De Hypotheker had een lagere rente kunnen bedingen gelet op de verhouding lening en marktwaarde van de woning in 2017;
c. Advies leidt tot een hogere nettolast, hetgeen leidt tot een vermogensderving van € 114.000,- tot en met 2046;
d. Er zijn geen inkomensgegevens geverifieerd;
e. De renteaftrekbeperking is niet in kaar[t] gebracht door presentatie van een looptijd van 20 jaar in plaats van tot en met 2031 dan wel tot en met eind datum hypotheek in offerte;
f. De wensen van [eiser] zijn niet in kaart gebracht (zorgen over spaarpolis via DBV en aflosvrije hypotheek);
g. Geen vergelijkende berekening bruto/netto gemaakt verschillende aflosvormen (omzetting);
h. Niet geadviseerd over noodregeling als bank of verzekeraar failliet gaat;
i. Bij een juist advies behoefde[n] [eiser] vanaf 2017 geen rente meer te betalen over € 123.065,19";

- De Hypotheker is dan ook jegens [eisers] . aansprakelijk voor de schade in hun vermogen die het gevolg is van deze tekortkomingen; hiervan maken deel uit de kosten die [eisers] . hebben moeten maken voor de rapportages van FTPF, voor de werkzaamheden van De Rechtsagent en voor de advocaat.

3.3. De Hypotheker c.s. voeren verweer en concluderen tot afwijzing van de vorderingen van [eisers] ., met veroordeling van [eisers] . bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad in de proceskosten binnen veertien dagen na de datum van het in dezen te wijzen vonnis en - ingeval voldoening van de proceskosten niet binnen deze termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf bedoelde termijn voor de voldoening alsmede met de nakosten en de daarover verschuldigde wettelijke rente.

3.4. Op de argumenten van De Hypotheker c.s. zal hierna bij de beoordeling, voor zover zij van belang zijn, nader worden ingegaan.

4 De beoordeling

ten aanzien van het verweer van De Hypotheker c.s. omtrent de ondeugdelijke dagvaarding (art. 111 Rv)

4.1. De Hypotheker c.s. hebben bij conclusie van antwoord allereerst aangevoerd dat de dagvaarding niet voldoet aan de daaraan te stellen vereisten, omdat [eisers] . niet aan hun stelplicht hebben voldaan.

Anders dan De Hypotheker c.s. menen, worden de gronden van de vorderingen van [eisers] . wél in de dagvaarding genoemd, zij het dat aan de aansprakelijkheid van De Hypotheker c.s. geen juridische termen worden gewijd maar uitsluitend feitelijkheden. De dagvaarding bevat derhalve niet alleen de eis maar ook de gronden van de eis en voldoet dus ook aan het bepaalde in artikel 111 lid 2 Rv. Verder is de rechtbank niet gebleken dat De Hypotheker c.s. in hun verdediging zijn geschaad. Dit verweer van De Hypotheker c.s. faalt derhalve.

ten aanzien van de vordering voor zover deze is gericht tegen HDI-Gerling

4.2. Tussen [eisers] . enerzijds en HDI-Gerling anderzijds bestaat geen contractuele rechtsverhouding, zo is niet in geschil. De Hypotheker c.s. voeren terecht aan dat [eisers] . hebben nagelaten aan te geven wat de juridische grondslag zou moeten zijn van hun vordering voor zover deze is gericht tegen HDI-Gerling. Een dergelijke grondslag volgt evenmin uit de door [eisers] . gestelde dan wel gebleken feiten en omstandigheden. Van een grond voor een directe actie als bedoeld in artikel 7:954 BW is hier geen sprake. Bij gebreke van enige aansprakelijkheid van HDI-Gerling jegens [eisers] . voor de door laatstgenoemden (beweerdelijk) geleden schade zal de vordering voor zover deze is gericht tegen HDI-Gerling dan ook worden afgewezen. De proceskosten, op vergoeding waarvan HDI-Gerling op zichzelf aanspraak heeft, zullen worden begroot op nihil, nu beide gedaagden door middel van dezelfde advocaat zijn verschenen en de processtukken en de behandeling ter comparitie vrijwel volledig gericht zijn (geweest) op het geschil tussen [eisers] . en De Hypotheker.

ten aanzien van de vordering voor zover deze is gericht tegen De Hypotheker

inleiding

4.3. De Hypotheker c.s. erkennen dat De Hypotheker ten aanzien van de looptijd van de spaarpolis een fout heeft gemaakt, namelijk over het hoofd heeft gezien dat [eisers] . over de afkoopsom belasting dienden te betalen. Zij stellen evenwel onder meer dat de uit die tekortkoming voortvloeiende schade volledig is vergoed en betwisten dat het advies aan [eisers] . voor het overige onjuistheden bevat.

ad (a) 'Geen overlijdensdekking laten vanaf 1 april 2009 tot en met 1 oktober 2017'

4.4. Met De Hypotheker c.s. is de rechtbank van oordeel dat [eisers] . niet aan hun stelplicht hebben voldaan omdat zij hebben nagelaten aan te geven waarom De Hypotheker tekort is gekomen door geen overlijdensrisicodekking te verzorgen. Geconcludeerd moet dan ook worden dat hier geen sprake is van een tekortkoming van De Hypotheker. Overigens is ook niet aannemelijk geworden dat [eisers] . als gevolg van deze vermeende tekortkoming schade hebben geleden.

ad (b) 'De Hypotheker had een lagere rente kunnen bedingen gelet op de verhouding lening en marktwaarde van de woning in 2017'

4.5. Ook wat deze beweerdelijke tekortkoming betreft, is de rechtbank van oordeel dat [eisers] . niet aan hun stelplicht hebben voldaan. Terecht wijzen De Hypotheker c.s. erop dat nergens uit blijkt welke lagere rente bedongen had kunnen worden. Geconcludeerd moet dan ook worden dat ook hier geen sprake is van een tekortkoming van De Hypotheker.

ad (d) 'Er zijn geen inkomensgegevens geverifieerd

4.6. Met De Hypotheker c.s. is de rechtbank van oordeel dat [eisers] . niet aan hun stelplicht hebben voldaan omdat zij hebben nagelaten aan te geven waarom De Hypotheker tekort is gekomen door geen inkomensgegevens te verifiëren. Geconcludeerd moet dan ook worden dat hier geen sprake is van een tekortkoming van De Hypotheker. Overigens is ook niet aannemelijk geworden dat [eisers] . als gevolg van deze vermeende tekortkoming schade hebben geleden.

Ad (e) 'De renteaftrekbeperking is niet in kaar[t] gebracht door presentatie van een looptijd van 20 jaar in plaats van tot en met 2031 dan wel tot en met eind datum hypotheek in offerte'

4.7. Met De Hypotheker c.s. is de rechtbank van oordeel dat [eisers] . niet aan hun stelplicht hebben voldaan omdat zij hebben nagelaten aan te geven waarom De Hypotheker op dit punt tekort is gekomen. Geconcludeerd moet dan ook worden dat hier geen sprake is van een tekortkoming van De Hypotheker. Overigens is ook niet aannemelijk geworden dat [eisers] . als gevolg van deze vermeende tekortkoming schade hebben geleden.

ad (h) 'Niet geadviseerd over noodregeling als bank of verzekeraar failliet gaat'

4.8. [eisers] . hebben ook wat deze beweerdelijke tekortkoming betreft niet aan hun stelplicht voldaan, zoals De Hypotheker c.s. terecht opmerken. Redenen waarom De Hypotheker c.s. [eisers] . hierover had moeten adviseren zijn door [eisers] . niet gesteld, nog daargelaten dat gesteld noch gebleken is dat [eisers] . hierdoor schade hebben geleden. Geconcludeerd moet dan ook worden dat ook hier geen sprake is van een tekortkoming van De Hypotheker.

ten aanzien van de overige gestelde tekortkomingen van De Hypotheker (c, f, g en i)

4.9. Overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150 Rv rust op [eisers] . de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van feiten die kunnen leiden tot het oordeel dat De Hypotheker niet de zorg van een goed opdrachtnemer in acht heeft genomen.

4.10. Het verweer van De Hypotheker c.s. tegen deze stelling van [eisers] . is onder meer gegrond op het argument dat [eisers] . uitdrukkelijk de wens hadden hun spaarhypotheek om te zetten in een annuïteitenhypotheek en dat De Hypotheker met dat uitgangspunt in het achterhoofd advies heeft uitgebracht, hetgeen door [eisers] . vervolgens gemotiveerd is weersproken.

4.11. Op grond van artikel 7:401 BW moet de hypotheekadviseur bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. Hij is aansprakelijk voor de negatieve gevolgen van zijn advies indien een 'redelijk handelend en redelijk bekwaam' adviseur dat advies niet zou hebben gegeven. Bij het oversluiten of het omzetten van een hypotheek(vorm) houdt deze zorgplicht van de hypotheekadviseur in dat hij moet onderzoeken of dit oversluiten of omzetten wel in het belang is van de consument, zijn cliënt. Zoals De Hypotheker c.s. terecht opmerken, kunnen er allerlei omstandigheden zijn die meebrengen dat een cliënt voor een constructie kiest die per saldo leidt tot hogere financiële lasten. Niettemin zullen die omstandigheden dan wél door de adviseur moeten worden geïnventariseerd en zodanig met de cliënt moeten worden besproken dat deze zich de gevolgen realiseert. Gelet op deze zorgplicht van de hypotheekadviseur leidt de eventuele omstandigheid dat [eisers] . uitdrukkelijk de wens hadden hun spaarhypotheek om te zetten in een annuïteitenhypotheek niet (zonder meer) tot afwezigheid van aansprakelijkheid van De Hypotheker, maar is tevens noodzakelijk dat De Hypotheker onderzocht heeft of deze omzetting in het belang was van [eisers] ., althans dat De Hypotheker er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat dit zo was.

4.12. De gestelde tekortkoming (c) 'Advies leidt tot een hogere nettolast, hetgeen leidt tot een vermogensverschuiving van € 114.000,- tot en met 2046' is door De Hypotheker c.s. niet betwist, zodat vaststaat dat het advies tot een hogere maandlast voor [eisers] . heeft geleid. De gestelde tekortkoming (i) 'Bij een juist advies behoefde[n] [eiser] vanaf 2017 geen rente meer te betalen over € 123.065,19' moet naar het oordeel van de rechtbank zo worden begrepen dat [eisers] . zonder het advies genoeg zouden hebben gespaard om het desbetreffende deel van de hypotheek (€ 123.065,19) af te lossen, zodat daarna geen renteverplichting meer daarover bestond. Aangenomen moet dus worden dat deze omstandigheid mede heeft bijgedragen aan de toegenomen financiële lasten van [eisers] . Hier is dus sprake van een situatie waarin het advies van de hypotheekadviseur ertoe heeft geleid dat de cliënten, [eisers] ., per saldo duurder uit zijn gekomen. Gelet op het hierboven geformuleerde kader voor toetsing van de werkzaamheden van een hypotheekadviseur aan die van een goed opdrachtnemer mag dan ook worden aangenomen dat het advies van De Hypotheker ondeugdelijk was, tenzij De Hypotheker heeft onderzocht en bevestigd gekregen dat dit advies in het belang van [eisers] . was. In dit verband kan in het midden blijven of [eisers] . nu wel of niet het specifieke verzoek hebben gedaan aan De Hypotheker om hun spaarhypotheek om te zetten in een annuïteitenhypotheek. Gesteld dat dat inderdaad zo was, dan nog had immers van De Hypotheker verwacht mogen worden dat zij had onderzocht of deze omzetting in het belang was van [eisers] . Juist de omstandigheid dat de door De Hypotheker geadviseerde constructie financieel nadelig was voor [eisers] . maakt dat groter gewicht toekomt aan de gehoudenheid van De Hypotheker c.s. om dit onderzoek te verrichten.

4.13. De gestelde tekortkoming (f) 'De wensen van [eiser] zijn niet in kaart gebracht (zorgen over spaarpolis via DBV en aflosvrije hypotheek)' en tekortkoming (g) 'Geen vergelijkende berekening bruto/netto gemaakt verschillende aflosvormen (omzetting)' moeten redelijkerwijs aldus worden begrepen dat De Hypotheker in de ogen van [eisers] ., ook als De Hypotheker het adviesverzoek zo heeft begrepen dat [eisers] . een omzetting van hun hypotheekvorm in een annuïteitenhypotheek wensten, in onvoldoende mate is nagegaan of dit in het belang van [eisers] . was. De Hypotheker heeft deze verwijten niet inhoudelijk betwist. De reactie hierop van De Hypotheker c.s. beperkt zich immers tot het verweer dat [eisers] . om de omzetting zélf verzocht hadden, maar uit het voorgaande volgt dat die (gestelde) wens niet bepalend is.

4.14. Tot hun verweer hebben De Hypotheker c.s. aangevoerd dat er naar het oordeel van De Hypotheker *"geen enkele aanleiding [was] om niet aan het verzoek [van [eisers] .] mee te werken. Een en ander is destijds bovendien met [eiser] besproken, in welk kader hem ook voorbeeldberekeningen van de maandlasten zijn voorgehouden".*

Voor zover De Hypotheker hiermee heeft willen betwisten dat zij onvoldoende onderzoek heeft gedaan, geldt dat die betwisting in het licht van het hierboven geformuleerde kader voor toetsing van de werkzaamheden van een hypotheekadviseur aan die van een goed opdrachtnemer te mager en te vaag is. Van De Hypotheker c.s. had verwacht mogen worden dit verweer te concretiseren, bijvoorbeeld in reactie op de gestelde tekortkomingen (f) en (g). Dit hebben zij echter nagelaten. De rechtbank wijst erop dat het door De Hypotheker afgegeven schriftelijke advies onvoldoende aanknopingspunten biedt voor de stelling dat De Hypotheker het hier bedoelde onderzoek wél zou hebben verricht. Dat het volgens de destijds geldende regelgeving ook niet verplicht was om een en ander schriftelijk vast te leggen, zoals van de zijde van De Hypotheker c.s. ter comparitiezitting is verklaard, moge zo zijn, maar dat laat onverlet dat De Hypotheker c.s. hun stellingen op dit punt onvoldoende hebben geconcretiseerd. Hierbij komt nog dat het schriftelijk advies ook volgens De Hypotheker c.s. veel fouten bevat.

4.15. De conclusie luidt dat De Hypotheker ten aanzien van tekortkomingen (c), (f), (g) en (i) toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst en in zoverre kan de verklaring voor recht worden gegeven.

Verwijzing naar schadestaatprocedure

4.16. Aangezien niet alle door [eisers] . gestelde tekortkomingen zijn komen vast te staan en [eisers] . bovendien gesteld hebben dat de schade nog niet definitief vaststaat, ziet de rechtbank voldoende aanleiding voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure. Aannemelijk is immers dat de hier bedoelde tekortkomingen tot in elk geval enige schade hebben geleid. In deze schadestaatprocedure kan dan ook het debat worden gevoerd over de vraag of in verband met eigen schuld van [eisers] . De Hypotheker wel gehouden is tot vergoeding van de volledige schade die het gevolg is tekortkomingen (c), (f), (g) en (i).

Proceskosten

4.17. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal De Hypotheker in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten aan de zijde van [eiser] worden tot aan deze uitspraak begroot op:

- dagvaardingskosten € 94,19
- vastrecht € 285,00
- salaris advocaat € 904,00 (2 punten x € 452,00)
- totaal € 1.283,19.

Aangezien tegen de door [eisers] . gevorderde wettelijke rente over de proceskosten geen afzonderlijk verweer is gevoerd door De Hypotheker c.s., zal deze wettelijke rente worden toegewezen als vermeld in het dictum.

5 De beslissing

De rechtbank,

5.1. verklaart voor recht dat De Hypotheker toerekenbaar tekort is geschoten wat betreft de hiervoor bedoelde tekortkomingen onder (c), (f), (g) en (i);

5.2. veroordeelt De Hypotheker tot vergoeding van de door [eisers] . als gevolg van deze tekortkomingen geleden schade, op te maken bij staat;

5.3. veroordeelt De Hypotheker in de proceskosten, die tot aan deze uitspraak aan de zijde van [eisers] . is begroot op € 1.283,19, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betekening van dit vonnis tot de dag van de algehele voldoening;

5.4. veroordeelt [eisers] . in de proceskosten van HDI-Gerling, die tot aan deze uitspraak begroot worden op nihil;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. Th. Veling en in het openbaar uitgesproken op 9 maart 2016.
901/1980