

WAAROM VERLIEST ADVISEUR AANSPRAAK OP HONORARIUM BIJ BEROEPSFOUT?

Advocaat Coen Fledderus van Polis Advocaten verbaast zich erover dat Kifid vaak tot het oordeel komt dat de adviseur zijn aanspraak op honorarium kan verliezen bij een beroepsfout. De motivering van de geschillencommissie knelt volgens hem juridisch.

Door: Coen Fledderus

Met enige regelmaat zien wij uitspraken van de geschillencommissie van het Kifid voorbijkomen waarbij de adviseur wordt gekort op diens honorarium. Bijvoorbeeld in de zaak GC 2019-208 of in de zaak GC 2019-320. In beide zaken had een hypotheekadviseur in de dienstverlening richting de klant enige steken laten vallen. In geen van de zaken had de klant hiervan echter daadwerkelijk financieel nadeel ondervonden. Sterker nog, in de zaak GC 2019-320 was de klant er zelfs financieel iets beter uitgesprongen. Toch streept de geschillencommissie in beide zaken een flink deel van het aan de adviseur toekomende honorarium weg. Volgens de commissie is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de adviseur aanspraak blijft maken op diens volledige honorarium.

Overeenkomst tot opdracht

De relatie tussen een financieel adviseur en zijn klant wordt juridisch geduid als een overeenkomst van opdracht. Hoewel dat wel is aan te raden, is het op zich niet noodzakelijk dat partijen hun onderlinge afspraken via een contract op papier zetten. Uit de wet (artikel 7:401 e.v. BW) volgt al dat zowel de adviseur (de opdrachtnemer) als de klant (de opdrachtgever) over en weer rechten en plichten heeft, waaronder het recht op loon voor de opdrachtnemer. De meest bekende verplichting van de adviseur is dat hij de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Via de jurisprudentie op dit gebied is bepaald dat de adviseur zich moet gedragen zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht.

De Hoge Raad heeft dit verder geconcretiseerd door de adviseur de verplichting op te leggen te waken voor de belangen van de tot diens portefeuille behorende verzekeringnemers. Als de adviseur een beroepsfout heeft gemaakt, dan is er sprake van een toerekenbare tekortkoming (artikel 6:74 BW). De adviseur is dan verplicht om de schade die de klant als gevolg van deze fout heeft geleden te vergoeden. Het is aan de klant om te bewijzen dat hij als gevolg van deze beroepsfout schade heeft geleden. Bij het vaststellen van de schade moet er

van de concrete omstandigheden van het geval worden uitgegaan. Dit betekent dat gekeken moet worden naar de hypothetische situatie waarin de klant zou hebben verkeerd als de opdracht wel juist was uitgevoerd. Deze situatie moet worden vergeleken met de situatie waarin de klant nu verkeert. De schade die uit deze vergelijking volgt, komt in beginsel voor vergoeding in aanmerking.

Werkzaamheden zijn wel degelijk verricht

Uit deze methodiek volgt dat er geen grond is om de aanspraak op honorarium (deels) te laten vervallen. Want de werkzaamheden zijn immers wel degelijk verricht. Daarbij is weliswaar een fout gemaakt, maar de adviseur hoeft alleen de schade te vergoeden die daardoor is veroorzaakt. De klant had het honorarium ook moeten betalen als de fout niet zou zijn gemaakt. Dat levert dus geen schade op. De aanspraak op betaling blijft daarom overeind als sprake is van een (vermeende) beroepsfout. Alleen het daadwerkelijke nadeel dat de klant door de fout heeft ondervonden, moet vergoed worden.

Korten op honorarium

Het is onbegrijpelijk waarom de geschillencommissie desondanks meent te moeten korten op het honorarium van de adviseur. De geschillencommissie plaatst de korting op het honorarium in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid. Dat valt niet te volgen. Het is niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat een adviseur aanspraak maakt op vergoeding van de tijd die hij aan de opdracht heeft besteed. Die aanspraak op loon is zelfs wettelijk vastgelegd. Dat er een fout is gemaakt, doet daaraan niets af. De schade die de klant eventueel door die fout heeft geleden, moet immers vergoed worden. De klant verkeert dan in dezelfde positie als waarin hij verkeerd zou hebben, als de fout niet gemaakt was. Als daarnaast ook nog de aanspraak op honorarium (deels) wordt geschrapt, komt de klant dus zelfs in een financieel gunstiger positie te verkeren, dan wanneer de fout niet gemaakt was. Dat kan niet de bedoeling zijn en daarvoor kan de redelijkheid geen grondslag bieden.

Het oordeel van de geschillencommissie komt kennelijk voort uit de behoefte om de adviseur een tik op de vingers te geven, omdat het advies niet volgens de regels

der kunst was. Maar als er verder geen schade geleden is door die fout, dan zou een dergelijke tik op de vinger neerkomen op een extra sanctie. Het opleggen daarvan is in ons land voorbehouden aan de toezichthouder of strafrechter. In het Nederlandse civiele recht kennen we niet, zoals in Amerika, een vorm van *punitive damages*. De uitkomst van dit nattevingerwerk komt hierdoor onder de streep voor de adviseur onrechtvaardig over.

Aanbeveling voor de praktijk

Uit de beide zaken die hier zijn besproken, volgt het beeld dat de adviseur slordig heeft geopereerd. Er zijn weliswaar geen harde beroepsfouten gemaakt waardoor de klant daadwerkelijk schade heeft geleden, maar de geschillencommissie stelt wel vast dat de adviseur steken heeft laten vallen. Zoals een trage behandeling en het onzorgvuldig vermelden van bedragen. Maar ook het achterwege laten van een schriftelijke inventarisatie van de wensen van de klant en het opstellen van een adviesrapport. Dergelijke onderdelen van het adviestraject hebben meer om het lijf dan het voldoen van een door de AFM voorgeschreven afvinklijst en het voldoen aan de eisen zoals in de Wft zijn vastgelegd.

Het lijkt een open deur, maar het verdient aanbeveling om de klant de aandacht te geven die hij verdient. Daarmee wordt juist ook voorkomen (= beter dan genezen) dat de klant de aanspraak op het honorarium ter discussie stelt en zich hierover beklagt bij de geschillencommissie. Daar komt nog bij dat een ontevreden klant doorgaans een slechte ambassadeur is. Als er onverhoopt eenmaal een discussie is ontstaan over het overeengekomen honorarium, waarop de adviseur vanuit juridisch oogpunt aanspraak kan maken, kan het dus opportuun zijn om de klant (= koning) tegemoet te komen en (uit coulance) de aanspraak op honorarium te laten varen. Het risico bestaat anders dat de geschillencommissie het mes in het honorarium zet. 

**HET IS NIET ONAANVAARDBAAR DAT ADVISEUR
AANSPRAAK MAAKT OP VERGOEDING VAN TIJD**