



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2011-355 d.d. 20 december 2011

(mr. H.J. Schepen, voorzitter, mevrouw mr. J.W.M. Lenting en mevrouw mr. A.M.T. Wigger, leden, en mr. K. Schouten, plv. secretaris)

Samenvatting

De Commissie oordeelt dat het afsluiten van de zakelijke financieringen door de echtgenoot van Consument valt niet onder de in artikel 1:88 BW lid 1 limitatief opgenomen rechtshandelingen. Dit betekent dat voor het afsluiten van die financieringen geen toestemming van Consument nodig was. Bij het aangaan van overeenkomst tot vestiging van het recht van (bank)hypotheek heeft Aangeslotene niet aan haar informatieplicht voldaan. Zij had bij elke zakelijke financiering die nadien aan de echtgenoot van Consument werd verstrekt, Consument moeten informeren over die nieuwe financiering en de hoogte daarvan.

De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Consument.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening overgelegde dossier;
- het door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen, ontvangen op 6 december 2010;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 29 april 2011;
- de repliek van Consument d.d. 12 mei 2011; en
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 31 mei 2011.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

De Commissie heeft vastgesteld dat partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op vrijdag 7 oktober 2011. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 In april 2002 hebben Consument en haar partner, waarmee zij destijds een samenlevingscontract had gesloten, een hypothecaire geldlening van € 206.469,- bij Aangeslotene afgesloten ter financiering van hun gezamenlijke woning. Op de woning werd bij notariële akte op 5 april 2002 een bankhypotheek als zekerheid gevestigd. Er is een hypotheek bij notariële akte ingeschreven van € 250.000,-.
- 2.2 In de hypotheekakte staat het volgende vermeld:



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

“De bank bepaalt zowel bij uitwinning als bij vrijgave/verval van de in deze akte of na te melden algemene voorwaarden vermelde zekerheden op welke wijze en aan welke schulden van de debiteur de netto-opbrengst respectievelijk de ontvangen gelden in verband met vrijgave/verval wordt respectievelijk worden toegerekend.”

en:

“De comparanten onder A. genoemd verklaarden, ter uitvoering van voormelde overeenkomst, aan de bank hypotheek te verlenen tot het hierna te noemen bedrag op het hierna te noemen onderpand, tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen de bank blijkens haar administratie van hen, zowel van hen samen als van ieder van hen afzonderlijk (...) te vorderen heeft of mocht hebben, uit hoofde van verstrekte en/of alsnog te verstrekken geldleningen, verleende en/of alsnog te verlenen kredieten in rekening-courant, tegenwoordige en/of toekomstige borgstellingen, dan wel uit welken anderen hoofde ook”.

- 2.3 De echtgenoot van Consument heeft daarnaast nog een aantal zakelijke financieringen bij Aangeslotene afgesloten. Deze financieringen zijn verstrekt in maart 2002, december 2002, november 2003, juni 2005 en juni 2006.
- 2.4 Op 17 mei 2002 zijn Consument en haar partner onder huwelijkse voorwaarden getrouwd met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen.
- 2.5 Op 23 november 2006 is de echtgenoot van Consument toegelaten tot de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen. Omdat Consument in de gezamenlijke woning wilde blijven wonen, heeft Aangeslotene aangeboden de woningfinanciering aan Consument voort te zetten onder bepaalde voorwaarden. Een hiertoe door Aangeslotene opgestelde offerte is door Consument en haar ouders op 8 mei 2007 geaccepteerd. Eén van de voorwaarden was dat de in de schuldsanering van de echtgenoot van Consument aangestelde rechter-commissaris toestemming zou verlenen voor de schuldvernieuwing. Nadat die toestemming was verkregen zou de onverdeelde helft (van de gemeenschappelijke woning) van de echtgenoot van Consument door Consument worden overgenomen.
- 2.6 Toen Aangeslotene op 29 november 2007 bleek dat, ondanks de verleende toestemming van de rechter-commissaris, overname van de onverdeelde helft nog niet was gepasseerd bij de notaris heeft zij Consument nog tot en met 31 december 2007 de tijd gegund om de overname van de onverdeelde helft bij de notaris te laten passeren. Aangezien de overname binnen die termijn niet was gepasseerd en de herfinanciering niet tot stand was gekomen, heeft Aangeslotene de financiering opgezegd.
- 2.7 De gezamenlijke woning is in juni 2008 verkocht. Na verkoop heeft Aangeslotene met de opbrengst eerst (een deel van) de (zakelijke) schulden van de echtgenoot van Consument afgelost en Consument aangesproken voor de restschuld, die inclusief achterstallige rente € 112.424,67 bedraagt.

3. Geschil



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- 3.1 Consument vordert dat Aangeslotene haar niet voor de schulden van haar echtgenoot aanspreekt, maar slechts voor de schulden die op beider naam staan. Dit betekent dat zij slechts kan worden aangesproken voor de restschuld van de financiering op beider naam ad € 226.789,76, waarop de opbrengst van de woning en de afkoop van de levensverzekering ad totaal € 202.896,42 in aftrek moet worden gebracht, totaal derhalve voor € 23.893,34.
- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:
- Aangeslotene heeft haar zorgplicht jegens Consument geschonden. Aangeslotene had Consument bij het aangaan van de overeenkomst tot vestiging van het recht van (bank)hypotheek op de gezamenlijke woning, dan wel ten tijde van het afsluiten van de financieringen aan haar echtgenoot erop moeten wijzen dat zij op basis van de algemene voorwaarden van de hypothecaire geldlening - ondanks dat sprake was van algehele uitsluiting van elke gemeenschap van goederen - aangesproken zou kunnen worden voor de zakelijke schulden van haar echtgenoot. Dit heeft Aangeslotene nagelaten. Consument is er altijd vanuit gegaan dat zij nimmer aansprakelijk zou zijn voor de schulden van haar echtgenoot. Consument is een particulier en het door Aangeslotene aangehaalde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 16 september 2008, JOR 2009/22 – waarin de zorgplicht van een bank ten opzichte van een geroutineerd zakenman aan de orde was - is derhalve niet op de onderhavige situatie van toepassing.
 - Consument had op grond van (de beoogde werkingssfeer van) artikel 1:88 BW toestemming moeten geven voor het afsluiten van de extra financieringen door haar echtgenoot. Nu Consument deze toestemming niet heeft verleend, kan zij niet worden aangesproken voor de restschuld.
 - Niet duidelijk is waarom de vaste hypotheekvorm niet aan de orde is geweest in het adviesgesprek dat tussen Aangeslotene en Consument en haar echtgenoot heeft plaatsgevonden want - ware dat wel het geval geweest - dan had de onderhavige problematiek niet gespeeld.
- 3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, het volgende verweer gevoerd:
- Aangeslotene heeft haar zorgplicht jegens Consument niet geschonden. De hypotheek op de gezamenlijke woning van Consument en haar echtgenoot betrof een bankhypotheek. In de hypotheekakte is bepaald dat de hypotheek geldt voor alle huidige en toekomstige geldleningen van Consument en/of haar echtgenoot. Het is daarbij niet van belang of de geldlening door beiden is afgesloten of door één van hen. Het feit dat Consument en haar echtgenoot zijn gehuwd onder huwelijkse voorwaarden doet daaraan niet af. Consument is door de notaris ten tijde van het ondertekenen van de hypotheekakte geïnformeerd over de inhoud daarvan en over de risico's die de hypotheek mee kon brengen. Consument heeft deze akte ondertekend en heeft daarmee verklaard dat zij kennis heeft genomen van de inhoud van de akte en daarmee heeft ingestemd. De hiervoor onder 2.2 opgenomen passage in de hypotheekakte is ook rechtsgeldig blijkens het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 16 september 2008, JOR 2009/22. Na verkoop van de gemeenschappelijke woning heeft Aangeslotene met de opbrengst eerst



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

(een deel van) de zakelijke schulden van de echtgenoot van Consument afgelost. Ook daartoe was Aangeslotene blijkens de hypotheekakte gerechtigd. Ook na april 2002, toen de echtgenoot van Consument nieuwe zakelijke financieringsovereenkomsten sloot, rustte op Aangeslotene niet de plicht Consument hierover te informeren. Door dat wel te doen zou Aangeslotene haar geheimhoudingsplicht jegens de echtgenoot van Consument zelfs hebben geschonden.

- Artikel 1:88 BW is niet op de onderhavige situatie van toepassing. De aan de echtgenoot van Consument verstrekte financieringen vallen niet onder de in artikel 1:88 BW genoemde overeenkomsten strekkende tot bezwaring waarvoor toestemming van Consument nodig was.
- Een bankhypotheek is een zeer gebruikelijke hypotheekvorm. Het is voor Aangeslotene niet te achterhalen of een vaste hypotheekvorm tijdens het adviesgesprek met Consument en haar echtgenoot aan de orde is geweest. De constructie van de bankhypotheek paste destijds bij Consument en haar echtgenoot. De echtgenoot van Consument was zelfstandig ondernemer en deze hypotheekvorm maakte het mogelijk dat aanvullend kon worden geleend zonder dat men daarvoor weer langs de notaris moest.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde en hetgeen door hen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht, overweegt de Commissie als volgt.

- 4.1 Het aan de Commissie voorgelegde geschil bevat allereerst de vraag of Consument vanaf 17 mei 2002 op grond van artikel 1:88 BW toestemming had moeten verlenen voor het afsluiten van de zakelijke financieringen door haar echtgenoot. De Commissie beantwoordt deze vraag ontkennend en overweegt daartoe als volgt.
- 4.2 Het afsluiten van de zakelijke financieringen door de echtgenoot van Consument valt niet onder de in artikel 1:88 BW lid 1 limitatief opgenomen rechtshandelingen. Dit betekent dat voor het afsluiten van die financieringen geen toestemming van Consument nodig was. Voor zover Consument zich op het standpunt heeft gesteld dat zij niet voor de schuld voortvloeiende uit de bij Aangeslotene zakelijke financieringen van haar echtgenoot kan worden aangesproken omdat zij hiervoor geen toestemming heeft verleend, faalt dit onderdeel van haar klacht derhalve.
- 4.3 Aan de orde is voorts de vraag of Aangeslotene Consument bij het aangaan van de overeenkomst tot vestiging van het recht van (bank)hypotheek op de gezamenlijke woning en tijdens de looptijd daarvan als een redelijk handelend en redelijk vakbekwaam financieel dienstverlener heeft geïnformeerd. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene haar zorgplicht jegens Consument in deze heeft geschonden en overweegt daartoe als volgt.
- 4.4 Uit de aan de Commissie overgelegde stukken volgt dat Aangeslotene Consument bij het afsluiten van de overeenkomst tot vestiging van het recht van (bank)hypotheek niet heeft gewezen op de mogelijkheid dat het recht van hypotheek uitgewonnen zou



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

kunnen worden voor de schulden die door haar echtgenoot werden aangegaan. Daaraan doet naar het oordeel van de Commissie niet af dat in de hypotheekakte de in de hiervoor onder 2.1 vermelde zinsnede is opgenomen, waaruit volgt dat de hypotheek geldt voor alle huidige en toekomstige geldleningen van Consument en/of haar echtgenoot en dat in de hypotheekakte door de notaris is verklaard dat de inhoud van de akte aan Consument en haar echtgenoot is medegedeeld en toegelicht en dat zij gewezen zijn op de gevolgen die voor hen uit de inhoud van de akte voortvloeien. Op Aangeslotene zelf rustte immers de plicht om partijen te informeren over de omstandigheid dat zij aansprakelijk konden worden gesteld voor de schulden die door de ander werden aangegaan. Aangeslotene heeft niet aan die informatieplicht voldaan.

- 4.5 Ook het beroep van Aangeslotene op het arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 16 september 2008, JOR 2009/22, waaruit volgens Aangeslotene zou volgen dat Aangeslotene ervan mocht uitgaan dat de door de notaris verstrekte informatie in de hypotheekakte over de reikwijdte van de hypotheek voldoende was en zij er redelijkerwijs vanuit mocht gaan dat de reikwijdte van de hypotheek bij Consument bekend was, gaat naar het oordeel van de Commissie niet op. In de zaak die bij het Hof aan de orde was, ging het immers, anders dan in onderhavige zaak, niet om een consument die benadeeld zou zijn, maar om een geroutineerd zakenman, die zich al jaren bezig hield met beleggingen in onroerende zaken en hypothecaire vorderingen en het verlenen van zekerheid daarop. Bovendien kan niet zonder meer worden aangenomen, dat de notaris Consument heeft gewezen op de specifieke risico's die voor haar in verband met de zakelijke activiteiten van haar echtgenoot uit de bankhypotheekvorm zouden kunnen voortvloeien. Nader bewijs - naast hetgeen in de notariële akte is vermeld - ontbreekt.
- 4.6 Aangezien Aangeslotene bij het aangaan van overeenkomst tot vestiging van het recht van (bank)hypotheek niet aan haar informatieplicht heeft voldaan, had zij naar het oordeel van de Commissie nadien bij elke zakelijke financiering die aan de echtgenoot van Consument werd verstrekt, Consument moeten informeren over die nieuwe financiering en de hoogte daarvan. Dit geldt te meer nu Consument en haar echtgenoot op 17 mei 2002 onder huwelijkse voorwaarden getrouwd zijn met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen. Ook dat heeft Aangeslotene nagelaten. Een beroep op haar geheimhoudingsplicht - wat daar ook van zij - komt Aangeslotene in dit geval niet toe.
- 4.7 Gezien het voorgaande is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Consument. De Commissie acht het derhalve niet gerechtvaardigd dat Aangeslotene vasthoudt aan de aansprakelijkheid van Consument voor de restschuld van de financieringen die haar echtgenoot bij Aangeslotene heeft afgesloten. Consument kan naar het oordeel van de Commissie slechts nog worden aangesproken voor de restschuld van de financiering op beider naam ad € 226.789,76, waarop de opbrengst van de woning en de afkoop van de



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

levensverzekering ad totaal € 202.896,42 in aftrek moet worden gebracht, derhalve voor € 23.893,34.

- 4.8 De vordering van Consument moet dan ook worden toegewezen. Nu Consument in het gelijk wordt gesteld, dient Aangeslotene de door Consument betaalde eigen bijdrage aan de behandeling van haar verzoek tot geschilbeslechting ad EUR 50,- aan Consument te vergoeden.
- 4.9 Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat Aangeslotene Consument uit hoofde van de overeenkomst tot vestiging van het recht van (bank)hypotheek van 5 april 2002 nog slechts kan aanspreken voor € 23.893,34 en dat Aangeslotene de eigen bijdrage van Consument aan de behandeling van haar verzoek tot geschilbeslechting, zijnde EUR 50,-, aan Consument dient te vergoeden.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak.