

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-279 d.d.
30 september 2015
(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, mr. A.P. Luitingh en mr. J.W.H. Offerhaus, leden en
mr. F. Faes, secretaris)**

Samenvatting

Consument heeft bij de bank een hypothecaire geldlening afgesloten. Enkele jaren later heeft hij een overbruggingsfinanciering afgesloten bij de Bank. De leningen zouden worden afgelost bij verkoop van zijn woning, welke reeds in de verkoop stond. Omdat de woning niet verkocht werd, is de overbruggingslening diverse malen verlengd. Daarnaast heeft Consument zich borg gesteld voor een door de Bank aan zijn dochter verstrekte geldlening ter financiering van een onderneming. Deze onderneming is failliet verklaard. De Bank heeft de leningen opgeëist en de woning van Consument is executoriaal verkocht. De Bank spreekt Consument aan voor de ontstane restschuld alsmede uit hoofde van de borgstelling. Consument stelt dat de Bank onnodig is overgegaan tot verkoop van de woning. De Commissie oordeelt dat de Bank onder de gegeven omstandigheden niet had mogen overgaan tot gedwongen verkoop van de woning. De vordering wordt gedeeltelijk toegewezen.

Consument,

tegen

de coöperatieve Coöperatie Rabobank Graafschap-Noord U.A., gevestigd te Zutphen, hierna te noemen de Bank.

1. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting van Consument, ontvangen op 28 oktober 2014;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkomen van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 5 juni 2015 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. Op 21 november 2006 heeft de Bank aan Consument en zijn echtgenote een hypothecaire geldlening, bestaande uit drie leningdelen, voor een totaalbedrag van € 224.000,- (hierna: de geldlening), verstrekt voor de aankoop van de woning aan [straat] te [plaats] (hierna: de woning). Als zekerheid voor de terugbetaling van de geldlening heeft de Bank een eerste hypotheekrecht verkregen op de woning. In 2008 heeft Consument de woning in de verkoop gezet. De vraagprijs van de woning bedroeg na een taxatie van de makelaar € 379.000.
- 3.2. Op 25 januari 2008 heeft de Bank een overbruggingsfinanciering voor een bedrag van € 20.000,- aan Consument en zijn echtgenote verstrekt. De overbruggingsfinanciering zou met de verkoopopbrengst van de woning uiterlijk op 28 februari 2009 worden afgelost. Omdat de woning niet werd verkocht, is de overbruggingsfinanciering diverse keren verlengd.
- 3.3. Bij overeenkomst van 8 april 2009 heeft Consument zich borg gesteld voor een door de Bank aan zijn dochter verstrekte geldlening (waaronder een rekening courant) ter financiering van een onderneming. Ter grootte van het als borg gestelde bedrag ad € 80.000,- is een tweede hypotheekrecht ten behoeve van de Bank op de woning gevestigd. Op 31 januari 2010 zijn er met betrekking tot de verplichtingen van de dochter uit hoofde van de geldlening aanpassingen doorgevoerd; deze zijn door Consument voor akkoord ondertekend.
- 3.4. Een door de Bank ingeschakelde taxateur heeft een waardeverklaring d.d. 27 januari 2010 met betrekking tot de woning opgesteld, waarin is opgenomen dat de vrije onderhandse verkoopwaarde € 350.000,- bedraagt en de executiewaarde € 300.000.
- 3.5. In maart 2010 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen Consument, zijn echtgenote en de Bank. De inhoud van dit gesprek is vastgelegd in de brief van 29 maart 2010 aan Consument. Hierin is onder andere opgenomen dat de overbruggingsfinanciering voor een laatste keer zou worden verlengd met zes maanden tot 31 augustus 2010 en dat de vraagprijs van de woning diende te worden verlaagd, om zo de kans op een verkoop te vergroten.
- 3.6. Bij brief van 15 juli 2010 heeft de Bank Consument in het kader van de borgstelling bericht dat een overstand was ontstaan op de aan de onderneming van zijn dochter verstrekte rekening courant. Op 22 maart 2011 is (de onderneming van) de dochter van Consument failliet verklaard. De Bank heeft Consument op 24 maart 2011 hierover geïnformeerd en aangegeven dat Consument zal worden aangesproken uit hoofde van de borgstelling.

- 3.7. Omdat de verkoop van de woning uitbleef, is het dossier van Consument overgedragen aan de afdeling bijzonder beheer van Rabobank Nederland. Bij brief van 11 april 2012 heeft de afdeling bijzonder beheer de geldleningen ingevorderd en Consument drie maanden de tijd gegeven voor voldoening van de openstaande bedragen, bij gebreke waarvan zij over zou gaan tot openbare verkoop van de woning. In juli 2012 is Consument naar een huurwoning verhuisd. Nadien is contact geweest tussen Consument en de Bank. Consument heeft per e-mailbericht van 27 juli 2012 het volgende aan de Bank bericht:

[...]

M.i.v vandaag stop ik ook de betalingen aan Rabo betreffende de hypotheek, het huis is nu van de Rabo doe ermee wat U wilt ik ben helemaal klaar met de bank zonder ook maar 1 idee.

[...]

- 3.8. In september 2012 is de marktwaarde van de woning door een door de Bank ingeschakelde taxateur getaxeerd op € 265.000,- en de executiewaarde op € 195.000. Op 20 november 2012 is de woning geveild. De netto verkoopopbrengst bedroeg € 189.812,90. De Bank heeft Consument per brief van 17 januari 2014 geïnformeerd over het tekort:

<i>Leningnummer .035</i>	
Hoofdsom pro resto	€ 20.000,00
Rente per 28-11-2012	€ 250,33
<i>Leningnummer .431</i>	
Hoofdsom pro resto	€ 173.000,00
Rente per 28-11-2012	€ 2.080,34
<i>Leningnummer .458</i>	
Hoofdsom pro resto	€ 21.000,00
Rente per 28-11-2012	€ 252,52
Buitengerechtelijke incasso k	€ 1.500,00
Taxatiekosten	€ 325,00
Kosten Bodemgoed voor inkoop	€ 522,25
Keuze Plus Hypotheek	<u>€ 29.961,06</u>
Totale restantschuld	€ 248.891,50
Netto verkoopopbrengst	<u>€ - 189.812,90</u>
Tekort	€ 59.078,60

- 3.9. Uit hoofde van de privéfinanciering resteerde op 19 maart 2013 een restschuld van € 59.078,60. Inmiddels is gebleken dat de Bank Consument uit hoofde van de borgtocht zal aanspreken voor een bedrag van € 80.000.

4. De vordering en grondslagen

- 4.1. Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem geleden schade als gevolg van de verkoop van de woning in 2012. Deze schade is het verschil tussen de taxatiewaarde van de makelaar van € 379.000,- en de geldlening van € 249.000,-; zijnde een bedrag van € 130.000.

- 4.2. Aan deze vordering legt Consument het volgende ten grondslag:
- De Bank is tekortgeschoten jegens Consument door de geldleningen op te zeggen en heeft ten onrechte gebruik gemaakt van het haar toekomende executierecht. Er was onvoldoende grond om de geldleningen op te zeggen. Consument heeft de maandlasten voor de geldlening en de overbruggingslening altijd voldaan.
 - Het was voor de Bank in 2008 al duidelijk dat Consument de overbruggingsfinanciering niet kon terugbetalen. Desondanks stond de Bank toe Consument in 2009 borg te laten staan voor zijn dochter.
 - Bij de bepaling van de schade moet worden uitgegaan van de door de makelaar vastgestelde taxatiewaarde van de woning van € 379.000,-. Het taxatierapport uit 2012 mag niet worden gebruikt omdat de Bank niet tot openbare verkoop had mogen overgaan. De woning had onderhands via een makelaar moeten worden verkocht.
- 4.3. Op de stellingen die de Bank aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

- 5.1. De vraag die beantwoord moet worden is of de door de Bank geïnitieerde openbare verkoop van de woning van Consument gerechtvaardigd is geweest. In dit kader overweegt de Commissie als volgt.
- 5.2. Artikel 3:268 lid I BW geeft de Bank het recht van parate executie door middel van openbare verkoop van de woning, behoudens in geval van misbruik van haar executiebevoegdheid. Gelet op de ingrijpende gevolgen die de executieverkoop van de woning tot gevolg heeft, dient de Bank tot het uiterste te gaan voor zij het middel van een openbare veiling kiest.
- 5.3. De Bank had in het onderhavige geval niet tot executoriale verkoop van de woning mogen overgaan. De Bank heeft zonder goede grond geen acht geslagen op het feit dat Consument steeds aan zijn betalingsverplichtingen uit hoofde van de geldlening en de overbruggingsfinanciering heeft voldaan. Ook in het hiervoor genoemde e-mailbericht van 27 juli 2012 van Consument mocht de Bank geen instemming van Consument lezen. Er zijn door de Bank geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan de Bank heeft mogen aannemen dat Consument niet meer aan zijn betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen. Hoewel de overbruggingsfinanciering op grond van de overeenkomst opeisbaar was, was het ook daarom niet redelijk tot veiling over te gaan, omdat dit vanwege de geringe hoogte van de overbruggingsfinanciering (€ 20.000,-) niet nodig was. Hierbij acht de Commissie van belang dat deze lening diverse keren is verlengd, Consument steeds aan alle betalingsverplichtingen heeft voldaan en het de bedoeling was dat deze lening bij verkoop van de woning te zijner tijd zou worden afgelost, terwijl destijds de borgstelling nog niet was ingeroepen.

- 5.4. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de Bank onvoldoende rechtens te respecteren belang had bij de executoriale verkoop van de woning. Het is overigens opvallend dat de Bank niet de tijd heeft genomen om in het belang van Consument te zoeken naar een oplossing waarbij het gunstiger alternatief van onderhandse verkoop in overweging is genomen. Dit betekent dat de Bank de door Consument geleden schade als gevolg hiervan dient te vergoeden.
- 5.5. Ten aanzien van de te vergoeden schade overweegt de Commissie als volgt. Het door de Bank te vergoeden bedrag bestaat uit het verschil tussen de vrije onderhandse verkoopwaarde van de woning minus de vordering die de Bank uit hoofde van de hypothecaire geldlening en de overbruggingsfinanciering op Consument heeft.
- 5.6. Nu de Bank niet tot verkoop van de woning heeft mogen overgaan, dient de vordering van de Bank op Consument te worden verminderd met een bedrag van € 2.347,25 aan de buitengerechtigde incassokosten, de taxatiekosten en de kosten voor inkoop, zodat de restantschuld uit hoofde van de hypothecaire geldlening en de overbruggingsfinanciering € 246.544,25 bedraagt. Ook kan, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, het taxatierapport uit 2012 niet worden gebruikt als uitgangspunt voor de waardebepaling van de woning. Anders dan Consument stelt kunnen de taxatiewaarde van de makelaar en waardeverklaring uit 2010 niet als uitgangspunt worden genomen. In aanmerking nemende dat de Commissie niet beschikt over stukken waarmee nauwkeurig de huidige vrije verkoopwaarde van de woning kan worden vastgesteld, maar dat wel aannemelijk is dat de vrije verkoopwaarde sinds 2012 weer is gestegen in verband met de aantrekkelijke markt, schat de Commissie deze waarde ex aequo et bono op € 320.000. Op grond van het voorgaande begroot de Commissie het schadebedrag van Consument op (€ 320.000,- minus € 246.544,25 =) € 73.455,75. De Bank is bevoegd het te vergoeden bedrag te verrekenen met haar vordering op Consument uit hoofde van de borgstelling.
- 5.7. Nu Consument gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld, dient de Bank ook de door Consument in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50,- te vergoeden. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

6. Beslissing

De Commissie bepaalt dat de Bank aan Consument een bedrag van € 73.455,75 dient te vergoeden, welk bedrag de Bank kan verrekenen met de vordering van de Bank op Consument uit hoofde van de borgstelling. Voorts dient de Bank een bedrag van € 50,-, zijnde de eigen bijdrage voor het in behandeling nemen van de klacht door de Commissie aan Consument te vergoeden. Al het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor:

www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld