

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-038
(mr. R.J. Paris, voorzitter, drs. A. Adriaansen en mr. A.P. Luitingh en
mr. P.G. Salvadori, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 19 december 2014
Ingesteld door : Consument
Tegen : Qualiora Groep B.V., gevestigd te Waalre, verder te noemen de Tussenpersoon
Datum uitspraak : 21 januari 2016
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Aansprakelijkheid tussenpersoon voor de gevolgen van het niet tijdig inroepen van een ontbindende voorwaarde. Consument stelt dat tussenpersoon al vooraf had moeten weten dat de hypothecaire geldlening niet door de bank verstrekt zou worden. Ook lopende de aanvraag zou de tussenpersoon Consument ten onrechte niet hebben vermeld dat de aanvraag zou worden afgewezen. Van beide stellingen is echter niet voldoende gebleken. Consument heeft de ontbindende voorwaarde niet ingeroepen, maar de waarborgsom gestort. Op basis van de overeenkomst tussen partijen was consument zelf gehouden om de ontbindende voorwaarde in te roepen en daartoe ook door de tussenpersoon geadviseerd. Door juist te kiezen voor het voldoen van de waarborgsom heeft Consument het risico van afwijzing van de hypotheekaanvraag geaccepteerd. Het gevolg hiervan komt niet voor rekening van de tussenpersoon.

I. Procesverloop

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

- het door Consument ondertekende klachtformulier met bijlagen van 9 oktober 2014;
- de klachtbrief van Consument met bijlagen van 17 december 2014;
- het verweerschrift van de Tussenpersoon van 20 februari 2015;
- de reactie van Consument op het verweerschrift (repliek) van 10 maart 2015;
- de reactie van de Tussenpersoon op repliek (dupliek) 12 mei 2015;
- de brief van Consument van 2 juni 2015
- de brief van de Tussenpersoon van 9 september 2015
- de aanvullende producties, tevens vermeerdering van eis van de gemachtigde van Consument van 30 september 2015;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 7 oktober 2015
- de pleitnotities van de gemachtigde van Consument.

De Commissie stelt vast dat partijen haar advies als bindend zullen aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op te Den Haag en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

Bij de beoordeling van de klacht gaat de Commissie uit van de volgende feiten.

- 2.1 Door Consument en haar partner is op 22 mei 2014 een koopovereenkomst gesloten voor de aankoop van een woning. Ter financiering van de koopsom van deze woning heeft Consument zich tot de Tussenpersoon gericht, met wie op dat moment reeds een oriënterend gesprek had plaatsgevonden en door wie op 14 mei 2014 een eerste rapport met een vergelijkend tarievenoverzicht was verstrekt.
- 2.2 In de koopovereenkomst was een ontbindende voorwaarde opgenomen, die Consument in staat stelde de overeenkomst te ontbinden in het geval zij op 23 juni 2014 geen geldlening of aanbod daartoe van een erkende geldverstrekker zou hebben verkregen. Tevens was in de koopovereenkomst een boetebeding opgenomen op grond waarvan Consument aan de verkopende partij een boete van 10% van de koopprijs zou verbeuren bij niet-naleving van de verplichtingen uit de koopovereenkomst.
- 2.3 Op 3 juni 2014 heeft de Tussenpersoon een adviesrapport aan Consument uitgebracht. In punt 5.6 van het adviesrapport is onder meer opgenomen: *“Wij hebben de hier voorgestelde financiering getoetst op de belangrijkste voorwaarden van de geldverstrekker. Acceptatie hiervan is echter altijd de verantwoordelijkheid van de geldverstrekker die uw aanvraag aan een uitgebreide toets onderwerpt.”*
- 2.4 Op 5 juni 2014 heeft Consument een adviesrapport en de opdracht tot dienstverlening ondertekend. In de opdracht tot dienstverlening staat onder meer vermeld: *“Wij adviseren u op voorhand het financieringsvoorbewoud te verlengen indien u op de datum van afloop nog geen definitief akkoord van de geldverstrekker heeft ontvangen. Indien de verkopende partij niet verlengt, adviseren wij u de koop te ontbinden.”*
- 2.5 Op 5 juni 2014 heeft de Tussenpersoon namens Consument een aanvraag voor een hypothecaire geldlening bij Hypotrust gedaan. Op 10 juni 2014 laat de Tussenpersoon aan Consument weten dat de offerte volgens Hypotrust een dag later zal worden verstrekt.
- 2.6 Consument vraagt vervolgens meermaals naar de stand van zaken. De adviseur van de Tussenpersoon, die na een vakantie op 23 juni 2014 weer op kantoor is, laat diezelfde dag wederom aan Consument weten dat de offerte volgens Hypotrust een dag later zal worden verstrekt.
- 2.7 Op 23 juni 2014 heeft Consument de overeengekomen waarborgsom gestort bij de notaris. De koopovereenkomst is niet ontbonden.
- 2.8 Bij e-mail van 8 juli 2014 schrijft de Tussenpersoon aan Consument dat Hypotrust waarschijnlijk geen offerte zal uitbrengen. Op 10 juli 2014 wijst Hypotrust de aanvraag definitief af.

2.9 De Tussenpersoon doet vervolgens een aanvraag bij ABN AMRO en informeert bij ING Bank.

2.10 Uiteindelijk heeft Consument bij een derde partij een lening weten af te sluiten om de gekochte woning te kunnen afnemen.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering

3.1 Consument vordert dat de Tussenpersoon wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 20.000,- alsmede een bedrag aan toekomstige, nader te bepalen schade en kosten voor rechtsbijstand.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag.

De tussenpersoon is tekortgeschoten in verschillende verbintenissen uit de tussen partijen gesloten overeenkomst van opdracht:

- Zo heeft de Tussenpersoon niet nadrukkelijk en niet tijdig gewaarschuwd voor de aanmerkelijke kans dat Hypotrust de aanvraag voor de hypothecaire geldlening zou afwijzen. In plaats daarvan heeft de Tussenpersoon juist aan Consument verklaard dat haar financiële positie ruim voldoende was voor de gewenste geldlening, ondanks de wetenschap van de Tussenpersoon dat Consument haar inkomsten als ondernemer verwierf en haar ondernemingen een negatief eigen vermogen kenden, hetgeen volgens de gepubliceerde acceptatienormen van Hypotrust juist een reden was om geen geldlening te verstrekken;

- Toen de uiterste datum voor het invoeren van de ontbindende voorwaarde nabij was, heeft de Tussenpersoon Consument ten onrechte in de waan gelaten dat de offerte op zeer korte termijn zou worden verstrekt, terwijl hij er toen al van op de hoogte was, althans had moeten zijn, dat Hypotrust de geldlening zou afwijzen. De Tussenpersoon had vanuit zijn functie en gelet op de geldende rechtspraak een verzwaarde zorgplicht om Consument nadrukkelijk te adviseren de koopovereenkomst binnen de daarvoor geldende termijn te ontbinden;

- De Tussenpersoon heeft, hoewel hem dit door Consument nadrukkelijk was verboden, contact opgenomen met ABN AMRO en daar ook een aanvraag voor een geldlening gedaan;

- De Tussenpersoon, althans de persoon die feitelijk als adviseur heeft opgetreden, ontbeert de noodzakelijke diploma's om als hypotheekadviseur te kunnen optreden;

Ter voorkoming van schade heeft Consument elders een lening kunnen afsluiten, tegen een bedrag van € 20.000,- aan kosten, om de woning alsnog af te kunnen nemen. Consument moet extra kosten maken omdat zij de woning in kwestie thans niet meer wil bewonen en weer wil verkopen. Ook voor de daarmee verband houdende kosten, een eventueel verlies na verkoop en de kosten van de huur van vervangende woonruimte houdt zij de Tussenpersoon aansprakelijk.

Verweer van de Tussenpersoon

3.3 De Tussenpersoon heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1 De vraag die ter beantwoording aan de Commissie voorligt is of de Tussenpersoon tekort is geschoten in de nakoming van één of meerdere verbintenissen uit de overeenkomst van opdracht. Daarbij dient voorop te worden gesteld dat een tussenpersoon in beginsel slechts de verplichtingen heeft die volgen uit de met een consument gesloten overeenkomst van opdracht, alsmede de verplichtingen die de wet en rechtspraak aan die overeenkomst verbinden. Dit is slechts anders in het geval een tussenpersoon uitdrukkelijk of stilzwijgend verdergaande verplichtingen op zich heeft genomen. Voorts heeft te gelden dat een tussenpersoon zich bij de uitvoering van de overeenkomst dient te gedragen overeenkomstig de eisen die aan een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot mogen worden gesteld.
- 4.2 In de tussen partijen gesloten overeenkomst van opdracht zijn de advies- en bemiddelingswerkzaamheden van de Tussenpersoon opgenomen. Daarin is niet bepaald dat de Tussenpersoon ook zou zorgen voor een ontbinding van de door Consument gesloten koopovereenkomst bij niet tijdige financiering van de gekochte woning. Wel staat daarin een advies aan Consument om te proberen de geldigheidsduur van de ontbindende voorwaarde te verlengen of anders de koopovereenkomst te ontbinden in het geval bij het aflopen van het voorbehoud van financiering nog geen akkoord is gesloten ten aanzien van de geldlening. Aanleiding voor het aannemen van een verzwaarde zorgplicht is dan ook, gelet op hetgeen is overeengekomen, in beginsel niet aanwezig.
- 4.3 Dit zou anders kunnen zijn indien Consument op basis van een doen of nalaten van de Tussenpersoon redelijkerwijs zou hebben mogen vertrouwen op het slagen van de financieringsaanvraag, of indien de tussenpersoon op een zeker moment wist of had kunnen weten dat de aanvraag niet zou slagen, maar niet tijdig daarvoor heeft gewaarschuwd. Consument stelt dat van beide omstandigheden sprake is geweest. Beide stellingen worden door de Tussenpersoon echter betwist, zodat Consument dit dient te bewijzen.
- 4.4 Voor de stelling dat de Tussenpersoon Consument in de veronderstelling heeft gebracht dat zij uit mocht gaan van een succesvolle aanvraag voor een hypothecaire geldlening vindt de Commissie geen steun in het dossier. Deze stelling is niet bewezen. Voorts wordt op de laatste pagina van het ondertekende adviesrapport ook nadrukkelijk gemeld dat de beslissing over de financiering niet ligt bij de Tussenpersoon, maar bij de geldverstrekker.
- 4.5 Tegenover de stelling dat de aanvraag op voorhand onmogelijk was, stelt de Tussenpersoon dat hij vooraf contact heeft gezocht met Hypotruster en de zaak heeft besproken. Hypotruster zou hierop te kennen hebben gegeven dat zij toch naar de aanvraag wilde kijken. Dat de aanvraag bij Hypotruster een ‘bespreekgeval’ zou zijn is door de Tussenpersoon duidelijk kenbaar gemaakt aan Consument, aldus de Tussenpersoon.

- 4.6 Hoewel Consument terecht wijst op de acceptatiecriteria van Hypotrust, acht de Commissie de stelling van de Tussenpersoon voldoende aannemelijk. Dat Hypotrust de aanvraag serieus heeft bekeken volgt immers al uit de duur van behandeling door Hypotrust en de door Consument overgelegde verklaring van een medewerker van Hypotrust waarin de afwijzing wordt gemotiveerd. Hypotrust heeft naar eigen zeggen in twee instanties naar de aanvraag gekeken en eerst op basis van gegevens uit het BKR en daarna op basis van zowel de zakelijke gegevens als die uit het BKR de aanvraag afgewezen. De aanvraag is derhalve niet direct afgewezen en kennelijk in heroverweging genomen, hetgeen de stelling van de Tussenpersoon, mede gelet op de aanwezige overwaarde en het dienstverband van de partner van Consument, aannemelijk maakt.
- 4.7 De Commissie kan niet vaststellen dat de Tussenpersoon op 23 juni 2014 wist of had moeten weten dat de aanvraag zou worden afgewezen. Consument wist echter wel dat die dag de laatste mogelijkheid bestond om de ontbindende voorwaarde in te roepen, dan wel de termijn voor inroeping daarvan te verlengen. Consument heeft op dat moment echter de waarborgsom gestort en daarmee ook het risico aanvaard dat de aanvraag voor de geldlening zou worden afgewezen. De Commissie ziet niet in waarom de gevolgen voor het maken van deze keuze voor rekening van de Tussenpersoon dienen te komen.
- 4.8 Ten aanzien van de vraag of de Tussenpersoon ABN AMRO mocht benaderen overweegt de Commissie als volgt. Uit de verplichting om zich jegens zijn opdrachtgever als redelijk handelend en redelijk bekwaam opdrachtnemer te gedragen behoorde voor de Tussenpersoon ook de verplichting om zich in te spannen om voor Consument alsnog een financiering mogelijk te maken, zodat de woning kon worden afgenomen en de schade van Consument voorkomen of beperkt kon worden. Dat de Tussenpersoon daarvoor een andere bank heeft benaderd is, gelet op het belang dat Consument had bij het tot stand komen van een lening, niet onrechtmatig. Dit kan anders zijn indien Consument de Tussenpersoon vooraf heeft geïnstrueerd geen contact met ABN AMRO op te nemen. Hoewel dit door Consument is gesteld, is dit door de Tussenpersoon betwist en biedt het dossier voor de juistheid van die stelling geen aanknopingspunten. De Commissie kan op dit punt dan ook geen tekortkoming van de Tussenpersoon vaststellen.
- 4.9 Ten slotte overweegt de Commissie dat niet is vast komen te staan dat de adviseur van de Tussenpersoon niet over de juiste diploma's beschikte. Dit is aan de hand van kopieën van meerdere certificaten betwist door de Tussenpersoon. Daarbij overweegt de Commissie voorts dat enkel uit de al dan niet behaalde diploma's niet kan worden afgeleid of de Tussenpersoon zich heeft gehouden aan zijn verplichtingen uit de overeenkomst van opdracht, dan wel of aansprakelijkheid bestaat voor schade. De vakbekwaamheidsvereisten zijn primair publiekrechtelijk van aard en hebben daarom in beginsel ook geen invloed op de contractuele verplichtingen van een tussenpersoon.
- 4.10 De Commissie komt tot de conclusie dat niet is vast komen te staan dat de Tussenpersoon tekort is geschoten in de nakoming van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Om die reden kan de Tussenpersoon ook niet aansprakelijk worden gehouden voor het door Consument ondervonden nadeel.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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.