

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2017-094
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, prof. mr. M.L. Hendrikse en mr. J.S.W. Holtrop,
leden en mr. A.C. de Bie, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 6 juni 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Utrecht,
verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 6 februari 2017
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Klacht ongegrond. Eind 2015 heeft Consument samen met haar partner een woonhuis gekocht. De partner van Consument heeft voor zijn deel een hypothecaire geldlening bij de Bank aangevraagd. Er wordt een recht van hypotheek gevestigd op de nieuwe woning. Op 7 december 2015 heeft Consument de concepthypotheekakte ontvangen, waarin stond dat de inschrijving in totaal €307.800,- bedroeg en de algemene voorwaarden van de Bank van toepassing waren. Consument benadert daarop de Bank met de vraag de inschrijving te beperken tot €228.000,- en de algemene voorwaarden niet van toepassing te verklaren. De Bank weigert dit. Consument ondertekent vervolgens op 11 december 2015 samen met haar partner de definitieve hypotheekakte. Consument vordert onder meer: (i) roeyement van het recht van hypotheek; (ii) het niet van toepassing verklaren van de algemene voorwaarden dan wel vernietiging hiervan; en (iii) beperking van de hypothecaire inschrijving tot €228.000. De Commissie is van oordeel dat het recht van hypotheek rechtsgeldig tot stand is gekomen en ziet daarom geen aanleiding voor roeyement. Voorts is Consument door de hypotheekakte op 11 december 2015 te ondertekenen akkoord gegaan met de algemene voorwaarden en de inschrijving van €307.800,-. De Commissie is ten slotte van oordeel dat er zich omstandigheden voordoen waardoor het beroep van Consument op art. 6:233 onder b en art. 6:234 lid 1 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Consument heeft de Bank na ontvangst van de concepthypotheekakte bericht dat zij het niet eens was met het opnemen van de algemene voorwaarden in de hypotheekakte en heeft de Bank het verzoek gedaan deze te schrappen. Consument is hiermee feitelijk in onderhandeling getreden met de Bank over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Als een partij in onderhandeling treedt met een wederpartij, mag naar het oordeel van de Commissie worden aangenomen dat de partij kennis heeft genomen van de inhoud waarover wordt onderhandeld. Tegen deze achtergrond kan Consument zich in dit geval in redelijkheid niet beroepen op de vernietiging van die algemene voorwaarden vanwege niet-terhandstelling.

I. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies. De Commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Eind 2015 heeft Consument samen met haar partner een woonhuis gekocht ('nieuwe woning'). Consument heeft haar aandeel uit eigen middelen voldaan. De partner van Consument heeft voor zijn deel een hypothecaire geldlening bij de Bank aangevraagd.
- 2.2 Op 22 oktober 2015 heeft er een gesprek bij de Bank plaatsgevonden over de vestiging van een recht van hypotheek op de nieuwe woning in het kader van de hypothecaire geldlening. Bij dit gesprek waren zowel Consument als haar partner aanwezig. De Bank heeft vervolgens nagenoeg enkel contact met de partner van Consument.
- 2.3 Op 7 december 2015 heeft Consument een concepthypotheekakte ontvangen. Hierin stond onder meer:

Hypotheekbedrag -----

De hypotheekgever verklaarde dat het recht van hypotheek is verleend tot: -----

- a) een bedrag van tweehonderdachtentwintigduizend euro (€ 228.000,00) te -----
vermeerderen met -----
- b) renten, vergoedingen, boeten en kosten, welke samen worden begroot op -----
vijfendertig procent (35%) van het hiervoor onder a) vermelde bedrag, derhalve tot
een bedrag van negenenzeventigduizend achthonderd euro (€ 79.800,00)-----

Algemene voorwaarden-----

De hypotheekgever en de bank verklaarden dat op deze hypotheekverlening en -----
verpanding -voor zover niet anders is overeengekomen- (mede) van toepassing zijn: ---

- a. de Algemene voorwaarden voor hypotheek van de Rabobank 2009, die zijn -----
gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Utrecht op vijf augustus tweeduizend
en negen, onder nummer 248/2009, en-----
- b. de Algemene Bankvoorwaarden. -----
Daar waar in deze voorwaarden cliënt is vermeld wordt mede bedoeld -----

hypothekgever. -----

De hypothekgever verklaarde de Algemene voorwaarden voor hypotheken van de -----
Rabobank 2009 en de Algemene Bankvoorwaarden, die geacht worden woordelijk in --
deze akte te zijn opgenomen en daarvan deel uit te maken, te hebben ontvangen en --
daarvan kennis te hebben genomen.-----

(Gedeeltelijke) derdenhypothek -----

Voor het geval dat een hypothek (mede) door een ander dan de debiteur wordt -----
gevestigd of als de hypothek wordt verleend door meer hypothekgevers, of voor de --
verplichtingen van meer debiteuren, verklaarde de hypothekgever: -----

- a. dat hij door de bank is gewezen op en bekend is met de risico's verbonden aan de -
onderhavige hypothekverlening; -----
- b. dat hij zich realiseert dat niet-nakoming door de debiteur van zijn verplichtingen -
jegens de bank tot gevolg kan hebben dat de bank gebruik maakt van haar rechten
uit deze hypothek. -----

- 2.4 Consument was het er niet mee eens dat de Algemene voorwaarden voor hypotheken van
de Rabobank 2009 en de Algemene Bankvoorwaarden ('algemene voorwaarden') van
toepassing waren en dat de inschrijving meer dan €228.000 bedroeg. Consument heeft
daarop contact gezocht met de Bank met het verzoek de genoemde algemene voorwaarden
te schrappen en de inschrijving te beperken tot de hoogte van de geldlening. De Bank heeft
vervolgens geweigerd de hypothekakte aan te passen.
- 2.5 Op 11 december 2015 hebben Consument en haar partner de definitieve hypothekakte
ondertekend. De hypothek in kwestie is een zogenoemde bankhypothek. Dit betekent dat
de hypothek geldt als zekerheid voor al hetgeen de partner van Consument uit hoofde van
zijn bancaire betrekking schuldig is en zal worden aan de Bank. Na ondertekening van de
hypothekakte hebben Consument en haar partner een verklaring door de notaris laten
optekenen, waarin onder meer stond:

*'[Partner] en ik hebben net de hypothekakte getekend om daarmee de financiering van [de
nieuwe woning] met de Rabo rond te krijgen.*

*Een aantal bepalingen in deze akte beantwoordt niet aan datgene wat [Partner] met de Rabo is
overeengekomen. Met mij, [Consument], is de Rabo al helemaal niets overeengekomen.*

*Wij hebben ons gedwongen gevoeld om toch maar te tekenen omdat we anders jegens de
verkopers niet konden voldoen aan onze verplichtingen (w.o. het betalen van de koopsom).
Daarnaast zouden wij dan ook nog een boete van €56.500 verbeuren.'*

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert:

- roeyement van het recht van hypothek;
- het niet van toepassing verklaren van de algemene voorwaarden dan wel vernietiging
hiervan;

- beperking van de hypothecaire inschrijving tot €228.000;
- een schriftelijke verklaring van de Bank dat Consument nooit is geweest op de risico's van een derdenhypothek en dat de Bank haar zorgplicht daarmee heeft geschonden; en
- veroordeling van de Bank tot omzetting -op haar kosten- van de bankhypothek naar een vaste hypothek.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Consument baseert haar vordering, kort weergegeven, op het volgende. De hypotheekakte is niet rechtsgeldig tot stand gekomen omdat er geen sprake is van wilsovereenstemming. De Bank heeft toegezegd dat de hypothecaire inschrijving niet meer dan €228.000 zou bedragen. Verder is er nooit gesproken over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden en zijn deze ook niet door de Bank ter hand gesteld. Consument heeft onder dwang de hypotheekakte ondertekend, omdat zij anders jegens de verkopers van de nieuwe woning niet kon voldoen aan haar verplichtingen en een boete van €56.500 zou moeten betalen. De Bank heeft Consument verder, anders dan staat beschreven in de hypotheekakte, nooit gewezen op de risico's van een derdenhypothek. Ten slotte heeft de Bank toegezegd de bankhypothek om te zetten naar een vaste hypothek.

Verweer van de Bank

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

4. Beoordeling

4.1 De partner van Consument heeft reeds een klacht tegen de Bank ingediend bij dit klachteninstituut. In die klachtprocedure stond de vestiging van het recht van hypothek centraal. Besloten is om de klachten van Consument en haar partner apart van elkaar te behandelen, omdat de vorderingen dermate van elkaar afwijken dat een voeging van de twee procedures niet passend zou zijn. Op 29 augustus 2016 heeft de Commissie een uitspraak gedaan aangaande de klacht van de partner van Consument. Hoewel dit een niet gepubliceerde uitspraak betrof, heeft Consument blijk gegeven kennis te hebben genomen van de inhoud van die uitspraak. In de repliek heeft Consument zelfs een aantal keren verwezen naar overwegingen van de Commissie in die uitspraak. De Commissie zal haar oordeel in het onderhavige geschil baseren op de juridische merites van de feiten en omstandigheden zoals die door partijen in deze klachtprocedure zijn aangedragen, maar de door de Commissie in de uitspraak van 29 augustus 2016 gebruikte feiten *kunnen* in de onderhavige zaak worden meegenomen.

Vestiging recht van hypothek

4.2 Allereerst merkt de Commissie op dat bij de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen er sprake moet zijn van een aanbod en een aanvaarding, waarbij de wil en de verklaring van degene die aanbiedt c.q. aanvaardt met elkaar moeten overeenstemmen (art. 6:217 BW jo. 3:33 BW). Consument heeft op 7 december 2015 een conceptakte ontvangen en op 11 december 2015 de definitieve hypotheekakte ondertekend. De Bank heeft Consument daarmee een aanbod gedaan, welke Consument door ondertekening heeft geaccepteerd. Consument is daarom gehouden aan hetgeen zij met de Bank is overeengekomen in de hypotheekakte.

- 4.3 Consument stelt echter dat haar verklaring, de ondertekening van de hypotheekakte, niet overeenstemt met haar wil. Zij zou gedwongen zijn geweest de hypotheekakte te ondertekenen. Het zou de Bank duidelijk zijn geweest dat Consument de hypotheekakte niet wilde ondertekenen, maar niet anders kon omdat zij anders haar verplichtingen jegens de verkopers van de nieuwe woning niet zou kunnen nakomen en een boete ad €56.500,- verschuldigd zou zijn.
- 4.4 De Commissie begrijpt hieruit dat Consument een beroep doet op misbruik van omstandigheden als bedoeld in artikel 3:44 lid 4 BW. Het misbruik zou dan gelegen zijn in het feit dat de Bank niet is ingegaan op het verzoek van Consument om de hypotheekakte aan te passen. De Commissie merkt op dat de Bank daartoe op grond van de wet of anderszins ook niet gehouden was. Niet is gesteld of gebleken dat de Bank verwijtbaar heeft gehandeld door in het totaalbedrag van de hypothecaire inschrijving ook het bedrag van €79.800,- begrepen te achten. Het stond Consument vrij om de hypotheekakte al dan niet te ondertekenen. Dat Consument haar verplichtingen jegens de verkopers van de nieuwe woning niet zou kunnen nakomen is onvoldoende om misbruik van omstandigheden aan te nemen. Consument was immers vrijwillig de koopovereenkomst met de verkopers van de nieuwe woning aangegaan. De Bank heeft bij de totstandkoming daarvan geen enkele rol gespeeld. Het stond Consument verder vrij de inhoud van die koopovereenkomst uit te onderhandelen en een voorbehoud te maken voor het geval de koop niet door zou gaan. De Commissie is daarom van oordeel dat er geen sprake is van misbruik van omstandigheden door de Bank en dat de hypotheekakte rechtsgeldig tot stand is gekomen.

Toepasbaarheid en vernietiging algemene voorwaarden

- 4.5 Voor zover Consument klaagt over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden oordeelt de Commissie als volgt. Voor algemene voorwaarden dienen dezelfde maatstaven te worden gehanteerd als voor het aangaan van overeenkomsten (Zie HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0623 en HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1033). Gezien hetgeen de Commissie in punt 4.2 tot en met 4.4 heeft overwogen, dient geconcludeerd te worden dat Consument de algemene voorwaarden heeft aanvaard. Het beroep van Consument op de niet-toepasbaarheid van de algemene voorwaarden slaagt derhalve niet.
- 4.6 Consument doet voorts een beroep op vernietiging van de algemene voorwaarden als in art. 6:233 onder b en art. 6:234 lid I BW. Vast staat dat de algemene voorwaarden niet aan Consument *zelf* zijn overhandigd. In beginsel zou dit beroep daarom slagen. Er kunnen zich echter omstandigheden voordoen waardoor een beroep op art. 6:233 onder b en art. 6:234 lid I BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (Zie HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, r.o. 3.4). Naar het oordeel van de Commissie is van dergelijke omstandigheden in het onderhavige geval sprake. Zij zal dit hierna uitwerken.
- 4.7 Op de Bank rust een informatieplicht met betrekking tot de inhoud van de door haar gehanteerde algemene voorwaarden. Het doel van de informatieplicht dient, onder meer, ter bewerkstelling dat de Consument moet weten, althans moet kunnen weten, wat er in de algemene voorwaarden staat waar zij akkoord mee gaat. Anders gezegd voor deze zaak, Consument moest weten waarmee zij wel of niet akkoord ging bij het aangaan van de hypotheekakte.

- 4.8 Op 7 december 2015 heeft Consument een concepthypotheekakte gekregen, waarin stond dat de algemene voorwaarden van toepassing waren. Consument heeft de Bank vervolgens bericht dat zij het niet eens was met het opnemen van de algemene voorwaarden in de hypotheekakte en heeft de Bank het verzoek gedaan deze te schrappen. Consument is hiermee feitelijk in onderhandeling getreden met de Bank over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Als een partij in onderhandeling treedt met een wederpartij, mag naar het oordeel van de Commissie worden aangenomen dat de partij kennis heeft genomen van de inhoud waarover wordt onderhandeld. In dit geval betekent dat, dat op het moment dat Consument de Bank verzocht om de algemene voorwaarden te schrappen uit de hypotheekakte, zij geacht mag worden de inhoud daarvan te kennen. Een en ander klemt te meer gelet op het feit dat Consument jurist is van beroep en het daaraan gerelateerde academisch denkniveau heeft (Vergelijk Hof Amsterdam 15 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4635).
- 4.9 Consument is dus, na hierover onderhandeld te hebben met de Bank, akkoord gegaan met de algemene voorwaarden die aldus onderdeel van de overeenkomst zijn geworden. Tegen deze achtergrond kan Consument zich in dit geval in redelijkheid niet beroepen op de vernietiging van die algemene voorwaarden vanwege niet-terhandstelling.
- 4.10 Ook het beroep van Consument op een schrijven van de Bank in de klachtprocedure van de partner van Consument, waarin de Bank mededeelt dat de algemene voorwaarden van de geldlening niet van toepassing zijn op Consument, kan niet tot een ander oordeel leiden. Anders dan Consument lijkt te veronderstellen, dient er een onderscheid tussen de algemene voorwaarden van de geldlening en de algemene voorwaarden van het recht van hypotheek gemaakt te worden. Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat uit het dossier ook niet is gebleken dat de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn.

Gebrekkige informatievoorziening

- 4.11 De Commissie heeft in punt 4.2 tot en met 4.4 reeds geoordeeld dat de hypotheekakte rechtsgeldig tot stand is gekomen. Consument is daarmee akkoord gegaan met de inschrijving van €307.800. Hoewel de informatievoorziening betreffende de hoogte van de hypothecaire inschrijving richting Consument naar het oordeel van de Commissie beter had gekund, leidt dit niet tot een ander resultaat. Voor een beperking van de inschrijving tot €228.000 ziet de Commissie daarom geen aanleiding.
- 4.12 Voor zover Consument niet is gewezen op de risico's van een derdenhypotheek oordeelt de Commissie als volgt. Op 22 oktober 2015 heeft een gesprek plaatsgevonden, waar onder meer de vestiging van een recht van hypotheek is besproken. Van Consument mocht verwacht worden dat zij bij onduidelijkheden daarover in contact zou treden met de Bank. De opmerking dat Consument geen deskundige op dit gebied is, maakt dit niet anders. De Commissie ziet daarom geen aanleiding de Bank te veroordelen tot het opstellen van een verklaring, waarin staat dat Consument niet is gewezen op de risico's van een derdenhypotheek.

Omzetting van de bankhypotheek naar een vaste hypotheek

- 4.13 De Bank heeft herhaald dat zij uit coultance bereid is mee te werken aan de omzetting van de bankhypotheek naar een vaste hypotheek. Voor een behandeling van dit klachtonderdeel ziet de Commissie daarom geen aanleiding.

4.14 Een en ander leidt naar het oordeel van de Commissie tot de conclusie dat de klacht van Consument ongegrond is en de vordering derhalve wordt afgewezen.

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. 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.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.