

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2017-546
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter en mr. Z. Bonoo, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 23 januari 2017
Ingediend door : Consument
Tegen : ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam,
verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 14 augustus 2017
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Consument en zijn echtgenote hebben bij de Bank een hypothecaire geldlening gesloten. Op enig moment is een achterstand ontstaan in de maandelijkse termijnbetalingen voor de hypothecaire geldlening. Eind 2015 bedroeg de betalingsachterstand ruim € 24.000,-. Consument stelt zich onder meer op het standpunt dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden door niet oplossingsgericht en toekomstgericht te handelen. Consument vordert dat de Bank een bedrag van € 120.400,- kwijtscheldt. De Commissie concludeert dat, nu de Bank de bevoegdheid toekwam over te gaan tot parate executie op grond van artikel 3:268 lid 1 BW, zij de Bank niet kan verplichten om Consument de restschuld en de daarmee samenhangende kosten kwijt te schelden. Ook is de Commissie van oordeel dat van misbruik van recht door de Bank geen sprake is, noch dat de uitoefening van het recht tot parate executie door de Bank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Commissie wijst de vordering van Consument daarom af.

1. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- de aanvullende stukken van Consument;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

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

2.1 Consument en zijn echtgenote hebben bij de Bank een hypothecaire geldlening gesloten ten behoeve van de financiering van de woning aan de [..straat en woonplaats..].

- 2.2 Op 29 oktober 2013 is het persoonlijk faillissement van de echtgenote van Consument uitgesproken.
- 2.3 Het faillissement van de echtgenote van Consument is in 2014 omgezet in een wettelijk schuldsaneringstraject.
- 2.4 Op enig moment is een achterstand ontstaan in de maandelijkse termijnbetalingen voor de hypothecaire geldlening. Eind 2015 bedroeg de betalingsachterstand ruim € 24.000,-.
- 2.5 De woning van Consument is in de vrijwillige verkoop gegaan.
- 2.6 Consument heeft op 27 februari 2015 bij de Klachtencommissie Nederlandse Beroepsorganisatie Accountants (hierna: NBA) een klacht ingediend tegen de voormalige accountant.
- 2.7 De Klachtencommissie NBA heeft de klacht op 25 augustus 2015 gegrond verklaard.
- 2.8 Consument heeft de voormalige accountant vervolgens in rechte betrokken. Consument heeft de accountant aansprakelijk gesteld voor een bedrag van € 262.900,-.
- 2.9 De dochter van Consument heeft in november 2015 het Ministerie van Financiën aangeschreven. In de brief staat, voor zover relevant, het volgende vermeld:

“(…)

*Op last van een groeiende onrust bij ons in [..woonplaats..] – schrijf ik u onze situatie en daarbij hoop ik dat inzichten worden vergroot en **hulp** kan worden geboden betreft de realiteit dat wij 7 december ten onrechte op straat worden gezet zonder toekomstperspectief en zorgplicht.*

Situatie:

In 2010 begon mijn moeder [...] een franchise onderneming [..naam..]. Dit na zestienjarig dienstverband in het [..voormalig werkgever..] (ontslag wegens reorganisatie) en een vergeven zoektocht naar een nieuw dienstverband. Na twee jaar, waarin de euforische stemming als ondernemer vervaagd, toch maar eens in de begroting gedoken die in 2010 was opgesteld door de accountant. In 2012 is gebleken dat de begroting verre weg van realistisch is opgesteld en dat de accountant officieel geen registeraccountant bleek te zijn en de bank dus geen lening had mogen verstrekken. Doordat deze problematiek privé aan ging grijpen, heeft een faillissement in 2012 plaatsgevonden.

Een faillissement heeft het gezin (mijn ouders) niet koud gelaten en is er een onderzoek opgezet betreft de accountant aangezien er vreemde kanttekening in het ondernemersveld speelden. Na een lang traject van schrijven en onderzoek heeft het NBA (Nederlandse Beroepsorganisatie Accountants) de klacht gegrond op basis van diverse herberekeningen van andere Nederlandse accountants.

In deze periode is een hypotheekachterstand ontstaan, is [..moeder..] in de schuldhulp gegaan en is het huis in de vrijwillige verkoop gegaan. Maar na twee jaar waarin er nog geen verkoop van het huis heeft plaatsgevonden (o.a. wegens erfpacht) vond de ABN Amro bank dit te lang duren. Op 9 december 2015 staat er dus een veiling gepland.

Inmiddels is er omdat de klacht gegrond is verklaard bij het NBA (augustus 2015), een advocaat aangesteld op civiel recht (privé tegen zakelijk) wat de moeite waard is in de ogen van de advocaat maar niet door de staat betaald kan worden omdat het geen strafrecht is.

De advocaat heeft een de schadebedrag opgemaakt van €265.000. Zeer ontvankelijk in de ogen van mijn moeder na een periode van een accountant oplichting en de daardoor opgebouwde privé schulden.

Aangezien met het schadebedrag de hypotheekschuld afgelost kan worden en dit voorstel ook bij de bank ligt, is het dus een 'race-tegen-de-klok' om een onnodige veiling te voorkomen wat meer schuld (restschuld) met zich mee zou brengen in de praktijk. Deze zaak ligt bij Hypocasso, maar in de periode dat dit loop zijn er al meerdere dossier behandelaars aan te pas gekomen waarin keer op keer het dossier wordt overgedragen aan behandelaars die zich telkens opnieuw moeten inlezen het proces dus keer op keer wordt vertraagd. (...)

(...)

Dit betekend de situatie in het kort

Een op huwelijksvoorwaarden getrouwde ouders:

Vrouw, + schuldhulp	(een baan heeft als interieurverzorgster met een inkomen van gemiddeld €550,00 bruto) en niet in aanmerking kom top de arbeidsmarkt voor een baan waarvoor is opgeleid
Man, + baan	€3000 bruto salaris

Door een vertragend Hypocasso scenario waarin zij weten dat de accountant aansprakelijk is en er een advocaat op gezet is die een schadevergoeding van €265.00 heeft opgesteld staat er dus alsnog op 9 december 2015 een veiling gepland.

Wat er dus gebeurd na de veilig is dat ze op straat worden gezet met een restschuld, niet in aanmerking komen voor een sociale huurwoning met een restschuld en er dus gehuurd moet worden in de vrije sector wat nog duurder is dat waar men nu is gehuisvest!~

(...)

Is dit nu echt wat jullie willen?

Graag nodig ik u uit voor een bakkie koffie, kopje thee of iets naar uw zin om deze problematiek te bespreken en oplossingsgericht mee te denken, zodat niet alleen vluchtelingen worden geholpen, maar ook wij als Nederlanders!

(...)"

2.10 Op 19 november 2015 heeft het Ministerie van Financiën de Bank het volgende medegedeeld:

"(...)

Deze brief is binnengekomen op het ministerie van Financiën.

Vanuit Financiën zullen we de afzender laten weten niet in de feiten en omstandigheden van een casus te kunnen treden.

Wel zouden wij graag voor een volledig beeld van u een terugkoppeling krijgen over deze zaak. Volgens de brieveschrijver zijn vooral zorgplicht door de bank en klantbelang pijnpunten.

Wellicht is meten met de menselijke maat hier mogelijk!

Indien nodig verzoek ik u dit ook ter kennis te brengen aan Hypocasso, met verzoek om terugkoppeling.

(...)"

2.11 Op 20 november 2015 heeft de klachtenafdeling van de Bank de brief van Consument in behandeling genomen.

2.12 Op 26 november 2015 heeft de Bank het Ministerie van Financiën het volgende medegedeeld:

"(...)

Graag informeer ik u over deze klacht.

Het betreft een complexe zaak. Aan de ene kant zit mevrouw [..moeder..] in de WSNP en is er sprake van een betalingsachterstand van ruim EUR 20.000,-. Vorig jaar is er maar één maandelijkse termijn voldaan. Er is veel contact geweest met cliënten en zij hebben in een eerder stadium geweigerd om de woning onderhands te verkopen. Dat er een executietraject is ingezet, is gelet hierop niet vreemd.

De andere kant van het verhaal is dat cliënte een hoge schadeclaim heeft ingediend tegen haar voormalige accountant. Als er in die zaak een schikking wordt getroffen dan zouden de problemen zijn verholpen.

Daarom is er vandaag besloten om de geplande executieveiling op te schorten. Cliënte heeft aangegeven in ieder geval weer aan haar maandelijkse verplichtingen te zullen voldoen en een deel van de achterstand te zullen inlopen.

(...)"

2.13 Consument en de Bank hebben in december 2015 een regeling getroffen met betrekking tot de betalingsachterstand en de voorgenomen executoriale verkoop van de woning. Partijen hebben daartoe in december 2015 een vaststellingsovereenkomst gesloten. De voorgenomen executoriale verkoop is opgeschort.

2.14 Bij brief van 28 juli 2016 heeft Consument zich wederom bij de Bank beklaagd. In de klachtbrief staat, voor zover relevant, het volgende vermeld:

"(...)

Wegens een achterstand in de hypotheek betreft bovengenoemd leningnummer is vorig jaar december een regeling getroffen d.m.v. onder andere een getekende volmacht (zie bijlage).

De achterstand in de hypotheek is ontstaan, ook bij u bekend, door een faillissement in 2013.

De accountant in deze wordt momenteel aansprakelijk gesteld door mijn advocaat.

De dagvaarding is verstuurd en de verwachting is dat de rechtbank medio augustus antwoord geeft.

Dit heeft helaas wat tijd nodig, maar ik ben de mening toegedaan op een goede afloop en een flinke schadevergoeding verhaald kan gaan worden.

Door deze te verwachten schadevergoeding is de mogelijkheid aanwezig de achterstand van de hypotheek te betalen.

Tevens heb ik bericht gekregen (van Florius) dat onze vaste hypotheekrente van 4.65% per november dit jaar afloopt en de nieuwe rente beduidend lager uitkomt, waardoor de maandelijkse lasten met ongeveer € 300,- per maand af zullen nemen.

Mede door deze lagere rente zal er een voorstel tot inlossen gedaan kunnen worden.

Helaas gooit ..medewerker..], werkzaam bij Hypocasso (zie email), keihard de deur dicht en wil per se de veiling per 12 september 2016 door laten gaan, niet wachtend op het resultaat van de uitspraak van de rechtbank.

Het zou toch dramatisch zijn in het zicht van de haven schipbreuk te moeten lijden !

Onbegrijpelijk!

De restschuld die na de veiling zal ontstaan ten opzichte van de huidige achterstand zal aanzienlijk hoger zijn en voor ons onmogelijk om deze ooit terug te kunnen betalen!

Dit ook aan bovengenoemde partijen telefonisch al uiteengezet, maar helaas trekt niemand hier zich iets van aan en willen vooralsnog de veiling door laten gaan.

Ik verzoek bovengenoemde partijen dringend zich over de zaak alsnog een keer te buigen en ons, als hardwerkende Nederlandse burgers, een kans te geven in afwachting van de lopende rechtszaak.

Mocht geen der bovengenoemde partijen willen bemiddelen, dan zullen wij ons te allen tijde verzetten tegen de veiling en zullen wij de daaruit voortvloeiende restschuld juridisch aanvechten. (...)"

2.15 Bij brief van 1 augustus 2016 heeft de Bank Consument het volgende medegedeeld:
“(..."

Wat is er gebeurd?

Tussen u, uw partner en de bank is een overeenkomst van hypothecaire geldlening (hierna: de lening) tot stand gekomen. U bent op 29 oktober 2013 persoonlijk failliet bent verklaard . Dit faillissement is omgezet in een wettelijk schuldsaneringstraject. Er is een achterstand ontstaan op de maandelijkse termijnbetaling betreffende de lening. Eind 2015 bedroeg de achterstand ruim EUR 24.000. Dit komt neer op een achterstand van 19 maandtermijnen.

Uw bewindvoerder heeft zich op het standpunt gesteld dat uw woning verkocht dient te worden. Er is gekeken naar de mogelijkheid van onderhandse verkoop met medewerking van de bewindvoerder, waarbij uw echtgenoot een verkoopvolmacht aan de bank diende te verstrekken.

Uw echtgenoot wenste hieraan in eerste instantie geen medewerking te verlenen. Een eventuele schadevergoeding komt toe aan uw boedel. U kunt daar dus niet vrij over beschikken.

Als gevolg van de betalingsachterstand is een executieveiling voor uw woning gepland. Deze is opgeschort als gevolg van de vaststellingsovereenkomst die medio december 2015 tot stand is gekomen.

Uw klacht

Recent heeft u wederom bericht ontvangen dat er een executieverkoop van uw woning gepland staat. U geeft aan dat de bank de vaststellingsovereenkomst niet na zou komen. U bent een gerechtelijke procedure gestart tegen uw voormalige accountant. Als u in het gelijk wordt gesteld dan kunt u de volledige achterstand voldoen. U vraagt de bank om de uitslag van de procedure af te wachten

Standpunt van de bank

De bank is van mening wel degelijk uitvoering aan de vaststellingsovereenkomst te hebben gegeven. Deze is december vorig jaar gesloten onder andere om af te wachten of tussen u en uw voormalige accountant een schikking zou worden getroffen. U gaf aan dat met de schadevergoeding uit een schikking de achterstand zou kunnen worden voldaan. Recent is duidelijk geworden dat het niet mogelijk is gebleken om een schikking te treffen. De bank wenst niet de uitkomst van een gerechtelijke procedure af te wachten. Dit kan ook niet van de bank worden verwacht nu een procedure een jaar duurt, terwijl partijen ook in hoger beroep kunnen gaan tegen een uitspraak.

Daarnaast is van belang dat u de vaststellingsovereenkomst niet onverkort bent nagekomen. Afgesproken is dat u voldoet aan de maandelijkse verplichtingen en daarbovenop een bedrag van EUR 100 per maand betaalt ter aflossing van de openstaande schuld. Deze extra aflossing heeft u een aantal maanden niet voldaan.

Tevens is de WSNP op u van toepassing verklaard. Dit is op zichzelf al voldoende om tot opeising van de lening over te kunnen gaan. U bent daardoor ook niet bevoegd om zelfstandig over een eventuele schadevergoeding te beschikken.

Conclusie

Gelet op vorengaande is de bank niet bereid om de geplande executieverkoop nogmaals op te schorten. Het staat uw bewindvoerder of uw man altijd vrij om een betalingsvoorstel aan Hypocasso te doen. Door Hypocasso zal worden beoordeeld of een eventueel voorstel voldoende is om de executieverkoop wel op te schorten. Het spijt mij u niet positiever te kunnen berichten.

Bent u het niet met ons eens?

Het kan zijn dat u het niet eens bent met dit antwoord. U kunt uw klacht dan voorleggen aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD), Postbus 93257, 2509 AG Den Haag (zie ook www.kifid.nl). Binnen welke termijn moet u dit doen? Binnen drie maanden na de datum van onze brief óf binnen één jaar nadat u de klacht voor de eerste keer bij ABN AMRO heeft ingediend. De langste termijn geldt. U kunt er ook voor kiezen om uw klacht direct aan de burgerlijke rechter voor te leggen.

(...)"

2.16 De woning van Consument is uiteindelijk per 1 maart 2017 executoriaal verkocht.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert dat de Bank een totaalbedrag van € 120.400,- kwijtscheldt, bestaande uit de restschuld van € 90.000,-, de bankkosten van € 13.000,- en de huurkosten van € 17.400,-.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:

- De Bank heeft haar zorgplicht geschonden. Consument heeft meerdere voorstellen gedaan om de hypotheekschuld af te lossen. De Bank is hierop niet ingegaan. Ook is de Bank nimmer met een voorstel gekomen om de gedwongen verkoop van de woning te voorkomen. Voor een achterstand van € 23.978,52 was nog een oplossing te vinden.

Zo had de rente verlaagd kunnen worden, de hypotheekvorm aanpast kunnen worden of had de hypotheekachterstand bevroren kunnen worden in afwachting van de afloop van het schuldsaneringstraject van de echtgenote van Consument in juli 2017. Door de verkoop van de woning per 1 maart 2017 is de restschuld gigantisch en de situatie uitzichtloos. De Bank heeft niet oplossingsgericht en toekomstgericht gehandeld. Consument acht de Bank gehouden de restschuld kwijt te schelden en de overige gemaakte kosten te vergoeden, door Consument begroot op een totaalbedrag van € 120.400,-.

- Het dossier bij de Bank is nooit gesloten, omdat de woning per 1 maart 2017 is verkocht met een (gedwongen) volmacht. Consument had de klacht niet eerder kunnen indienen bij Kifid.

Verweer van de Bank

3.3 De Bank heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- De klacht van Consument is op grond van artikel 5 van het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) te laat ingediend en kan niet in behandeling worden genomen. De klacht van Consument is reeds in november 2015 bij de Bank binnengekomen. Sindsdien is meer dan één jaar verstreken. Ook is meer dan drie maanden verstreken sinds de brief van de Bank van 1 augustus 2016.
- De Bank betreurt de ontstane situatie. De Bank heeft zeker meegedacht met Consument. Dit heeft helaas niet tot een oplossing geleid. De in december 2015 geplande executoriale verkoop is opgeschort door de Bank. Partijen hebben daartoe een vaststellingsovereenkomst gesloten. De vaststellingsovereenkomst tussen partijen is onder meer gesloten om af te wachten of tussen Consument en de voormalige accountant een schikking zou worden getroffen. Met een eventuele schadevergoeding zou de volledige achterstand bij de Bank voldaan kunnen worden. Op enig moment is duidelijk geworden dat het niet mogelijk was om een schikking te treffen. Ook is Consument de betalingsregeling, zoals vastgelegd in de vaststellingsovereenkomst, niet onverkort nagekomen. De Bank heeft zich daarom, hoe spijtig ook, genoodzaakt gezien om de woning van Consument executoriaal te verkopen.

4. Beoordeling

Behandelbaarheid van de klacht

- 4.1 De Bank voert als meest verstrekkende verweer dat Consument de klacht te laat bij Kifid heeft ingediend en dat Consument daarom niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn klacht. Alvorens de Commissie toekomt aan de inhoudelijke behandeling van de klacht, dient zij te beoordelen of dit preliminaire verweer van de Bank slaagt. Indien dit het geval is, komt zij niet toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.
- 4.2 De Bank verwijst in haar verweerschrift naar het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid) (hierna: Reglement), zij het dat gezien de datum van indiening van de klacht het Reglement met als ingangsdatum 1 oktober 2014 van toepassing is.

- 4.3 In artikel 12 van het Reglement is over de termijn van indiening, voor zover van belang, het volgende bepaald:

Artikel 12 Termijn van indiening

- 12.1 De Klacht moet bij Kifid worden ingediend binnen een jaar nadat Consument zijn Klacht aan Aangeslotene heeft voorgelegd of binnen drie maanden na de dagtekening van de brief of het bericht waarin Aangeslotene definitief Schriftelijk zijn standpunt over de Klacht aan Consument kenbaar heeft gemaakt. De langste van deze twee termijnen geldt.

Het gaat hier om een op de ADR-richtlijn berustende verlenging van de klachttermijn.

In artikel 5, lid 4, aanhef en letter e, Richtlijn is bepaald, voor zover thans van belang:

“De lidstaten kunnen ervoor kiezen ADR-entiteiten toe te staan om procedurevoorschriften te behouden of in te voeren die hen in staat stellen te weigeren een bepaald geschil te behandelen op (één of meer van) de volgende gronden: (...) de consument heeft zijn klacht niet binnen een vooraf vaststaande termijn aan de ADR-entiteit voorgelegd; deze termijn mag niet worden bepaald op minder dan een jaar vanaf de datum waarop de consument een klacht bij de ondernemer indiende”.

- 4.4 Aangezien het hiervoor genoemde artikel 12.1 Reglement ertoe strekt uitvoering te geven aan hetgeen in de Richtlijn is bepaald, en de Richtlijn blijkens de onder 4.3. weergegeven bepaling niet toestaat dat de termijn waarbinnen het geschil aan de ADR-entiteit (zoals Kifid) moet zijn voorgelegd, wordt bepaald op een kortere periode dan één jaar gerekend vanaf het moment waarop het geschil aan de ondernemer (de bij Kifid aangesloten financiële dienstverlener) werd ingediend, moet art. 12.1 Reglement als volgt worden toegepast. Een klacht moet in beginsel buiten behandeling blijven wegens overschrijding van de daarvoor gestelde termijn ingeval zij bij Kifid is ingediend later dan een jaar gerekend vanaf de dag waarop zij aan de aangeslotene werd voorgelegd, tenzij de Bank de klacht schriftelijk heeft afgewezen onder mededeling dat de klacht binnen de in het Reglement gestelde termijn van drie maanden aan Kifid kan worden voorgelegd en deze schriftelijke kennisgeving aan de Consument is gedaan op zodanig tijdstip dat de termijn van drie maanden eindigt later dan een jaar nadat de klacht aan de aangeslotene werd voorgelegd. Alleen in het laatste geval eindigt de in artikel 12.1 Reglement gestelde termijn na ommekomst van die drie maanden. Vergelijk GC Kifid 8, 2016-544 en GC Kifid, 2017-119.
- 4.5 De Commissie stelt vast dat Consument zich in november 2015 bij de Bank heeft beklagd over de ontstane betalingsachterstand en de voorgenomen executoriale verkoop van de woning in december 2015. De Bank heeft de executoriale verkoop, naar aanleiding van de door Consument ingediende klacht, opgeschort. Voorts hebben partijen een regeling getroffen met betrekking tot de betalingsachterstand. Partijen hebben daartoe in december 2015 een vaststellingsovereenkomst gesloten.
- 4.6 Bij brief van 28 juli 2016 heeft Consument zich bij de Bank beklagd over de ontstane betalingsachterstand en de voorgenomen executoriale verkoop van de woning in september 2016. De Bank heeft de klacht op 1 augustus 2016 afgewezen en Consument laten weten dat hij een klacht bij Kifid kon indienen. Consument heeft de klacht op 23 januari 2017 bij Kifid ingediend.

- 4.7 De door Consument ingediende klacht is niet binnen drie maanden na dagtekening van de brief van 1 augustus 2016 waarin de Bank definitief schriftelijk haar standpunt over de klacht aan Consument kenbaar heeft gemaakt bij Kifid ingediend. Deze termijn is derhalve overschreden. Echter, de termijn van één jaar is niet overschreden.
- 4.8 De Commissie is van oordeel dat de klachtbrief van november 2015 niet als uitgangspunt dient te worden genomen bij het vaststellen van de een-jaarstermijn, maar juist de klachtbrief van 28 juli 2016. De klacht van november 2015 zag immers op de voorgenomen executoriale verkoop van december 2015. Deze klacht is door de Bank afgehandeld door het treffen van een regeling. De klacht van 28 juli 2016 ziet op de executoriale verkoop van de woning per september 2017 en moet gezien worden als een nieuwe klacht. De een-jaarstermijn is derhalve op 28 juli 2016 ingegaan, hetgeen inhoudt dat de klacht van 23 januari 2017 tijdig bij Kifid is ingediend.
- 4.9 Gegeven de hierboven geschetste feiten en omstandigheden in deze kwestie is de Commissie van oordeel dat de klacht binnen een redelijke termijn in de zin van artikel 12 is ingediend. Dat betekent dat de klacht om die reden behandelbaar is en dat de Commissie daarom toekomt aan een inhoudelijke behandeling van de klacht.

Zorgplicht van de Bank

- 4.10 De Commissie stelt vast dat tussen partijen een rechtsgeldige overeenkomst van hypothecaire geldlening tot stand is gekomen. Uit hoofde van deze overeenkomst is Consument gehouden om het gehele verschuldigde bedrag aan de Bank te voldoen. Ook de na verkoop van de woning ontstane restschuld behoort tot de hypothecaire geldlening en dient volledig aan de Bank te worden terugbetaald. Ter zekerheid van de nakoming van deze verplichting heeft de Bank het recht van hypotheek verkregen op de woning. Indien Consument de verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt, is de Bank in beginsel gerechtigd om gebruik te maken van het recht van parate executie zoals bedoeld in artikel 3:268 lid 1 BW, tenzij de Bank haar bevoegdheden te dien aanzien misbruikt zoals bedoeld in artikel 3:13 BW, dan wel tenzij het gebruik van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden op grond van artikel 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Vergelijk GC Kifid, 2017-333.
- 4.11 De uitoefening van de bevoegdheid tot executoriale verkoop over te gaan, wordt begrensd door het leerstuk van misbruik van recht als bedoeld in artikel 3:13 BW. De vraag of sprake is van misbruik van bevoegdheid door de hypotheekhouder moet worden beantwoord door aansluiting te zoeken bij de vereisten die gelden voor een geslaagd beroep op misbruik van beslag- en executierecht. Gezien de in de wet geformuleerde bevoegdheid van de hypotheekhouder om tot parate executie over te gaan, moet worden aangenomen dat slechts onder bijzondere omstandigheden sprake kan zijn van misbruik daarvan. Het staat de hypotheekhouder in beginsel vrij om te bepalen dat zij tot executoriale verkoop overgaat en om te bepalen op welk moment en op welke wijze zij dat doet.

De hypotheekhouder moet bij de uitoefening van die bevoegdheid evenwel de maatschappelijke zorgvuldigheid jegens de schuldenaar in acht nemen. Misbruik van recht kan onder meer worden aangenomen indien de hypotheekhouder geen redelijk te respecteren belang heeft bij de parate executie, mede gelet op de belangen aan de zijde van de schuldenaar die door de executie zullen worden geschaad, of als er daardoor aan de zijde van de schuldenaar een noodsituatie zou ontstaan. Of de Bank, gelet op de hoogte van de betalingsachterstand en de restschuld, voldoende coultance in acht heeft genomen, is niet de norm waaraan getoetst dient te worden. Dit vormt slechts een omstandigheid die moet worden meewogen bij de belangenafweging die dient plaats te vinden (zie Hof Arnhem-Leeuwarden, 12 juli 2016, ECLI:NL:GHARL2016:5728, r.ov. 5.8).

- 4.12 In het onderhavige geval is een achterstand ontstaan ten aanzien van de maandelijkse termijnen van de hypothecaire geldlening. Eind 2015 bedroeg de betalingsachterstand ruim € 24.000,-. Door Consument wordt niet betwist dat betalingsachterstanden bestonden en dat hij niet in staat was om (op korte termijn) de betalingsachterstanden in te halen en de maandelijkse verplichtingen in de toekomst weer te voldoen. Evenmin betwist hij dat getroffen regelingen niet zijn nagekomen. Consument heeft slechts gesteld dat de Bank niet heeft meegewerkt aan een realistische oplossing, dan wel een voorstel heeft gedaan om de gedwongen verkoop van de woning te voorkomen. De Bank heeft de voorgenomen executoriale verkoop van de woning in december 2015 opgeschort tot maart 2016. Ook is er een betalingsregeling overeengekomen. De stelling van Consument dat de Bank niet heeft willen meewerken aan een oplossing, kan de Commissie dan ook niet volgen.
- 4.13 De Commissie concludeert dat, nu de Bank de bevoegdheid toekwam over te gaan tot parate executie op grond van artikel 3:268 lid I BW, zij de Bank niet kan verplichten om Consument de restschuld en de daarmee samenhangende kosten kwijt te schelden. Gelet op het voorgaande toetsingskader blijkt dat het verzoek van Consument juridisch neerkomt op een verzoek om coultance. Een dergelijke tegemoetkoming is echter juridisch niet afdwingbaar.
- 4.14 Verder concludeert de Commissie dat van misbruik van recht door de Bank geen sprake is, noch dat de uitoefening van het recht tot parate executie door de Bank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Evenmin is komen vast te staan dat de Bank haar zorgplicht jegens Consument heeft geschonden. Consument is hoofdelijk aansprakelijk voor de terugbetaling van de restschuld en de overige hiermee samenhangende kosten en de Bank is niet gehouden (een gedeelte van) deze schuld kwijt te schelden. De Commissie wijst de vordering van Consument daarom af.

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.

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.