Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-921
(mr. J. van der Groen, voorzitter, mr. S. Riemens. T.I. van Bommel-Scheffer RA, leden en mr. D.W.Y. Sie, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 30 januari 2020
Ingediend door	: de heer [naam Consument 1] en mevrouw [naam Consument 2], verder te noemen Consumenten
Tegen	: Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 11 november 2020
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlage	: Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Samenvatting

Zorgplicht van de Bank. Consumenten stellen dat de Bank in strijd met hun belangen aan hen een doorlopende hypothecaire geldlening heeft verstrekt op een tijdelijk recht van erfpacht en het daarvan afhankelijke opstalrecht. Daarnaast zijn Consumenten van mening dat de Bank partij is in de erfpacht(voorwaarden) en dat zij dus ook verantwoordelijk is voor wijzigingen daarin. Niet is gebleken dat de Bank de hypothecaire geldlening niet aan Consumenten mocht verstrekken of dat zij daarbij haar zorgplicht heeft geschonden. Ten aanzien van de inhoud van de erfpacht is ook de Commissie van oordeel dat dit de Bank niet aangaat, tenzij dit haar hypotheekrecht raakt. Dit is een zaak tussen Consumenten en de eigenaar van de grond. In relatie tot de nieuwe erfpacht-voorwaarden merkt de Commissie ten overvloede onder meer op dat van Consumenten verwacht mag worden dat zij specifiek op henzelf betrekking hebbende informatie aan de Bank verstrekken voor de beoordeling van hun persoonlijke financiële situatie. De vordering van Consumenten wordt afgewezen.

1. De procedure

1.1 De Commissie beslist op basis van haar Reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat hierbij om: 1) de klachtbrief van Consumenten; 2) de aanvullende stukken van Consumenten van 23 maart 2020, 24 april 2020, 28 april 2020 en 10 mei 2020; 3) het verweerschrift van de Bank; 4) de schriftelijke reactie van de gemachtigde van Consumenten van 16 september 2020 (de repliek) en 5) de schriftelijke reactie van Bank van 1 oktober 2020 (de dupliek).

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 2 oktober 2020, die deels digitaal en deels telefonisch heeft plaatsgevonden. Partijen hebben aan deze hoorzitting deelgenomen.

1.3 Consumenten hebben geen keuze gemaakt tussen bindend en niet-bindend advies. De uitspraak is daarom op grond van artikel 28.2 van het Reglement niet-bindend. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat zijn de feiten?

2.1 Consumenten zijn in 2002 met de Bank voor onbepaalde tijd een aflossingsvrije hypothecaire geldlening van € 113.000,- aangegaan. Daarbij zijn Consumenten met de Bank een rentekorting van 0,4% per jaar overeengekomen. Het hypotheekrecht van de Bank is gevestigd op het (tijdelijk) recht van erfpacht en het daarvan afhankelijke opstalrecht van een perceel grond in bungalowpark [X]. Op dat perceel staat de recreatiewoning die Consumenten (in ieder geval sinds 2011) permanent bewonen. De erfpacht van Consumenten op dit perceel grond loopt tot met 31 december 2035.

2.2 Vanaf 2014 zijn Consumenten met de Bank in contact getreden vanwege de mogelijke wijzigende erfpachtvoorwaarden. Consumenten en de Bank hebben sindsdien hierover regelmatig contact gehad.

2.3 Op 1 augustus 2019 heeft de Bank Consumenten een brief gestuurd met als onderwerp 'Gesprek over uw toekomstige hypotheeklasten'. Naar aanleiding hiervan heeft er op 9 september 2019 een gesprek plaatsgevonden tussen Consumenten en de Bank. Na dit gesprek hebben partijen meermalen per brief en per e-mail hun standpunten uitgewisseld over de hypothecaire geldlening van Consumenten, de ontwikkelingen in het erfpachtstelsel in bungalowpark [X] en de foutieve rentekorting van 0,2% in het renteverlengingsvoorstel. Op 25 oktober 2019 en 12 november 2019 heeft de Bank Consumenten per e-mail verzocht om een concept van de akte van uitgifte en de nieuwe erfpachtvoorwaarden voor haar beoordeling van de verlenging van erfpacht en (de mogelijke effecten op) de persoonlijke financiële situatie van Consumenten. Consumenten hebben deze informatie niet ter beschikking gesteld aan de Bank en zij hebben alleen verwezen naar algemene voorwaarden op de website van bungalowpark [X].

2.4 Op 5 januari 2020 hebben Consumenten per e-mail ingestemd met een rentevastperiode van 1 jaar tegen een rente van 1,050%. Op 27 januari 2020 heeft de Bank Consumenten per e-mail bericht dat de rentekorting van 0,4% handmatig zal worden aangepast in het nieuwe renteverlengingsvoorstel. De verdere uitwisseling van standpunten door partijen in de interne klachtprocedure heeft uiteindelijk niet geleid tot een oplossing van de resterende klacht van Consumenten.

De klacht en vordering

2.5 Consumenten stellen allereerst dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden. De Bank had de financiering niet in deze constructie aan hen mogen verstrekken. Consumenten hebben dit ontdekt via gesprekken met advocaten, erfpachtdeskundigen en notarissen. Sinds 2014 krijgen bewoners van bungalowpark [X] nieuwe erfpachtovereenkomsten aangeboden, waarvan de nieuwe voorwaarden volgens Consumenten niet evenwichtig zijn. Consumenten concluderen dat de Bank deze nieuwe erfpachtvoorwaarden kennelijk heeft goedgekeurd. Consumenten menen daarnaast dat er op de Bank een plicht rust om uit eigen beweging en periodiek de financiering en de daarbij behorende zekerheden van haar cliënten te monitoren. Daarbij zou de Bank volgens Consumenten de wijzigingen van het onderpand moeten toetsen en hen daarover moeten informeren en zo nodig waarschuwen. Ten tweede stellen Consumenten dat de Bank in haar rol als adviseur tekort is geschoten doordat er in 2001/2002 onjuist advies is verstrekt. De Bank had Consumenten moeten waarschuwen dat verlenging van de erfpacht niet zeker is, dat na beëindiging van de erfpacht ook de hypothecaire geldlening zal eindigen en dat de waarde van het onderpand bij beëindiging van de erfpacht zeer laag of nihil is. Ten derde menen Consumenten dat zij ten onrechte een renteverlengingsvoorstel hebben ontvangen met daarin een rentekorting van 0,2%. Op grond van de hypotheekovereenkomst met de Bank hebben Consumenten recht op een rentekorting van 0,4%.

Het verweer

2.6 De Bank heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van Consumenten. Voor zover relevant zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Rechtsvraag

3.1 De klacht van Consumenten komt neer op het volgende: 1) de afgesproken rentekorting is niet juist verwerkt in het renteverlengingsvoorstel, 2) het gegeven advies van de Bank over de hypothecaire geldlening en het daarbij behorende onderpand is onjuist en 3) de Bank weigert ten onrechte om (de persoonlijke financiële gevolgen van) de nieuwe erfpachtvoorwaarden te bespreken en te beoordelen.

De rente

3.2 De Commissie stelt vast dat de klacht over de afgesproken rentekorting geen onderwerp van geschil meer is in deze procedure. De Bank heeft op 27 januari 2020 aangegeven dat zij deze rentekorting van 0,4% juist zal verwerken in het nieuwe renteverlengingsvoorstel. De Commissie zal dit klachtonderdeel dan ook buiten beschouwing laten.

Het advies van de Bank

3.3 De Bank heeft gesteld dat Consumenten niet tijdig hebben geklaagd over het beweerde gebrek in het door haar in 2001/2002 uitgebrachte advies. Volgens de Bank hebben Consumenten daarmee hun zogeheten klachtplicht geschonden. Op grond van artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen Consumenten bij schending van de klachtplicht geen beroep meer doen op een gebrek in de prestatie. Daarnaast stelt de Bank dat Consumenten in strijd hebben gehandeld met de goede procesorde, doordat zij dit klacht-onderdeel in een vrij laat stadium in de procedure naar voren hebben gebracht.

3.4 Wat er ook zij van de beweerde schending van het bepaalde in artikel 6:89 BW en van het handelen in strijd met de goede procesorde; de Commissie is van oordeel dat Consumenten hun stelling over het onjuiste advies van de Bank in 2001/2002 onvoldoende hebben onderbouwd met feiten en omstandigheden, terwijl dat op hun weg had gelegen. Overigens is een andere onderbouwing van de stelling van Consumenten niet uit het dossier gebleken. Dit klachtonderdeel komt dus vanwege gebrek aan onderbouwing niet voor toewijzing in aanmerking.

(De gevolgen van) de nieuwe erfpachtvoorwaarden

3.5 De Commissie merkt op dat Consumenten met de erfverpachter de erfpacht en de daarbij behorende erfpachtvoorwaarden zijn aangegaan tot en met 31 december 2035. Volgens Consumenten zal de erfverpachter of in ieder geval bungalowpark [X] in de nabije toekomst nieuwe erfpachtvoorwaarden hanteren voor de bewoners in het bungalowpark. De nieuwe erfpachtvoorwaarden zijn op de website van bungalowpark [X] geplaatst. Consumenten menen dat de nieuwe voorwaarden onevenwichtig zijn en zij verwijten de Bank dat deze kennelijk door haar zijn goedgekeurd.

3.6 Voorop staat dat *de inhoud* van de erfpacht de Bank niet aangaat. Zoals de Bank terecht stelt, is de inhoud van de erfpacht iets wat tussen Consumenten en de erfverpachter geldt. Dit is slechts anders indien de eigenaar of erfpachter de erfpacht willen wijzigen of opheffen als bedoeld in artikel 5:97 BW; dan zijn de belangen van de hypotheeknemer (in dit geval de Bank) in het geding. Dit gaat over de situatie wanneer tenminste 25 jaren na de vestiging van de erfpacht zijn verlopen en de rechter op vordering van de eigenaar of de erfverpachter de erfpacht op grond van onvoorziene omstandigheden wijzigt of opheft.

3.7 Consumenten stellen verder dat de waarde van hun opstal bij beëindiging van het recht van erfpacht nihil zal zijn. De Commissie is van oordeel dat, zoals hiervoor in 3.6 is overwogen, dit een kwestie is die tussen Consumenten en de erfverpachter speelt. Daarbij is de Bank geen partij.

Ten overvloede merkt de Commissie op dat uit artikel 5:99 BW volgt dat de voormalig erfpachter bij het einde van de erfpacht recht heeft op 'vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, die door hemzelf of een rechtsvoorganger zijn aangebracht of van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen'.

De rol van de Bank in dit geval

3.8 Consumenten menen verder dat de zorgplicht van de Bank met zich brengt dat zij periodiek en uit eigen beweging de financiële situatie van haar cliënten en de daarbij behorende zekerheden dient te monitoren. De Commissie is van oordeel dat de zorgplicht van de Bank enkel als hypotheekverstrekker niet zo ver gaat dat deze actieve monitoring van haar verlangd kan worden ten aanzien van de financiële situatie van Consumenten en de daarbij behorende zekerheden.

3.9 Ten overvloede merkt de Commissie op dat niet is gebleken of en, zo ja, in hoeverre de nieuwe algemene voorwaarden al van toepassing zijn op het erfpachtrecht van Consumenten. De erfpachtovereenkomst en de daarbij behorende voorwaarden zijn immers tot en met 31 december 2035 aangegaan.

3.10 Consumenten menen dat de Bank hun nieuwe (financiële) situatie dient te beoordelen aan de hand van de nieuwe erfpachtvoorwaarden op de website van bungalowpark [X]. De Bank stelt echter dat zij daarvoor specifieke informatie van Consumenten nodig heeft, zoals is verwoord in haar e-mail aan hen van 12 november 2019. Daarbij heeft de Bank gesteld dat de erfverpachter in de concrete situatie van Consumenten zou kunnen afwijken van de nieuwe algemene voorwaarden.

3.11 De Commissie is van oordeel dat niet van de Bank verlangd kan worden dat zij een specifieke situatie, zoals die van Consumenten, enkel beoordeelt aan de hand van algemene erfpachtvoorwaarden op de website van bungalowpark [X]. Van Consumenten mag verwacht worden dat zij een *concept* van de akte van uitgifte en de aan hen verstrekte erfpachtvoorwaarden voorleggen aan de Bank. Doordat de Bank vraagt naar een concept van de akte van uitgifte, zijn Consumenten niet aan de akte gebonden. Deze concrete onderbouwing van de (financiële) situatie van Consumenten mag de Bank voor haar beoordeling verwachten.

Conclusie

3.12 Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot de conclusie dat de vordering van Consumenten wordt afgewezen.

4. De beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak, zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de Geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Burgerlijk Wetboek Boek 5

Artikel 97
1. Indien vijf en twintig jaren na de vestiging van de erfpacht zijn verlopen, kan de rechter op vordering van de eigenaar of de erfpachter de erfpacht wijzigen of opheffen op grond van onvoorziene omstandigheden, welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet van de eigenaar of de erfpachter kan worden gevergd.
2. De rechter kan de vordering onder door hem vast te stellen voorwaarden toewijzen.
3. Rust op de erfpacht of op de zaak een beperkt recht, dan is de vordering slechts toewijsbaar, indien de beperkt gerechtigde in het geding is geroepen en ook te zijnen aanzien aan de maatstaf van lid 1 is voldaan.

(…)

Artikel 99
1. Na het einde van de erfpacht heeft de voormalige erfpachter recht op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, die door hemzelf of een rechtsvoorganger zijn aangebracht of van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen.
2. In de akte van vestiging kan worden bepaald dat de erfpachter geen recht heeft op de in het eerste lid bedoelde vergoeding:
   a. indien de in erfpacht gegeven grond een andere bestemming had dan die van woningbouw;
   b. indien de erfpachter de gebouwen, werken en beplantingen niet zelf heeft bekostigd;
   c. indien de erfpacht geëindigd is door opzegging door de erfpachter;
   d. voor zover de gebouwen, werken en beplantingen onverplicht waren aangebracht en hij ze bij het einde van de erfpacht mocht wegnemen.
3. De eigenaar is bevoegd van de door hem ingevolge dit artikel verschuldigde vergoeding af te houden hetgeen hij uit hoofde van de erfpacht van de erfpachter te vorderen heeft.

Burgerlijk Wetboek Boek 6

Artikel 89
De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.