Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-182
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, mr. R.J. Paris, mr. dr. S.O.H. Bakkerus, leden en mr. J. Hadziosmanovic, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 13 december 2017
Ingediend door	: Consument
Tegen	: ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 28 februari 2020
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Consument heeft in 2006 samen met zijn partner een hypothecaire geldleningsovereenkomst gesloten met de Bank met hun woning als onderpand. Consument en zijn partner zijn in 2008 uit elkaar gegaan. De ex is in de woning blijven wonen en heeft de hypotheeklasten op zich genomen. Zij heeft de Bank verzocht Consument te ontslaan uit de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de geldlening maar dat is door de Bank geweigerd. In 2014 heeft de Bank de geldlening opgeëist nadat zij ontdekte dat de ex had gefraudeerd bij meerdere hypotheekaanvragen. Onder druk van de Bank is de woning in 2016 verkocht waarbij een restschuld ontstond van bijna € 125.000,-. De Bank heeft Consument aangesproken voor deze restschuld. Consument heeft hiertegen geprotesteerd en de Bank verweten dat zij de op haar rustende verplichtingen heeft geschonden. Hij heeft gesteld dat: sprake is geweest van overkreditering; het verzoek om ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid op onjuiste gronden is geweigerd; hij niet tijdig is gewaarschuwd dat er fraudeonderzoek werd gedaan naar zijn ex en dat de Bank niet tijdig een gedegen cliënt-onderzoek heeft gedaan. De Bank heeft zich hiertegen verweerd en onder andere gesteld dat de klacht van Consument niet behandelbaar is. De Commissie heeft geoordeeld dat de eerste drie klachtonderdelen van Consument niet behandelbaar zijn en het laatste klachtonderdeel moet worden afgewezen.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier en de aanvullende stukken van 20 december 2017;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank;
- de reactie van Consument van 1 september 2018;
- de aanvullende stukken zoals door partijen ingebracht op 24 juni 2019;

- het aanvullende stuk van Consument van 19 juli 2019;
- het schrijven van de vader van Consument zoals ingebracht op 16 oktober 2019;
- de correspondentie tussen partijen zoals ingebracht op 30 oktober 2019 en 4 november 2019;
- de reactie van Consument van 8 november 2019.

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

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 13 december 2018 voor een meervoudige kamer en zijn aldaar verschenen.

Partijen zijn opgeroepen voor een tweede hoorzitting op 10 oktober 2019 voor een enkelvoudige kamer en zijn aldaar verschenen.

Partijen zijn akkoord gegaan met de omstandigheid dat de uitspraak wordt gedaan door de meervoudige kamer zoals deze was gevormd ten tijde van de eerste hoorzitting, met in achtneming van de nadien door partijen ingebrachte stukken.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft tezamen met zijn toenmalige partner (hierna: X) in 2006 een hypothecaire geldleningsovereenkomst (hierna: de geldlening) afgesloten bij de Bank met als onderpand hun woning. De hypotheeksom bedroeg € 400.000,- en de geldlening was deels aflossingsvrij en deels een beleggingshypotheek. Consument en X zijn op grond van de overeenkomst hoofdelijk aansprakelijk voor de schuld jegens de Bank.

2.2 Consument en X zijn uit elkaar gegaan in 2008. Consument is verhuisd en X is in de woning blijven wonen. Onderling is afgesproken dat X de hypotheeklasten voldoet. Zij hebben de Bank in 2009 verzocht Consument te ontslaan uit de hoofdelijke aansprakelijkheid. De Bank heeft naar aanleiding van dit verzoek om nadere stukken gevraagd, welke in april 2010 zijn aangeleverd. Per brief van 11 mei 2010 heeft de Bank hun als volgt bericht:

'In verband met de lopende achterstand bij het BKR, is het helaas niet mogelijk om [naam Consument] te ontslaan uit de hoofdelijke aansprakelijkheid.'

2.3 Op 19 juni 2014 heeft de Bank Consument en X een brief gestuurd waarin het volgende staat:

'Hierbij eisen wij onder verwijzing naar het gestelde in artikel 10 2. B van de op deze hypothecaire geldlening(en) van toepassing verklaarde Algemene Bepalingen van Geldlening en op grond van artikel 35 van de Algemene Bankvoorwaarden de hypothecaire geldlening op.

Wij hebben vastgesteld dat in de hypotheekaanvraag onjuiste informatie is verstrekt en/of relevante gegevens zijn verzwegen, te weten:

- *Door dan wel namens u, [naam X], is gebruik gemaakt van valse/vervalste werkgeversverklaringen met bijbehorende salarisspecificaties, die ten behoeve van het verkrijgen van een financiering zijn vervaardigd.'*

2.4 Op 21 juli 2014 heeft de Bank hun een brief gestuurd waarin het volgende staat:

'Bij brief d.d. 19 juni jl. zijn wij tot opeising van de hypothecaire geldlening overgegaan. U bent in de gelegenheid gesteld om uw totale schuld uiterlijk op 15 juli 2015 te voldoen. Wij hebben geen betaling van u ontvangen. Dit betekent dat wij verkoop van uw woning via de veiling kunnen opstarten. Wij zijn echter bereid u een termijn van zes maanden te geven waarbinnen u alsnog tot algehele inlossing kunt overgaan. U kunt dit doen middels een herfinanciering of onderhandse verkoop.
(…)
'In aanvulling op de opeisingsgronden genoemd in onze brief van 19 juni 2014 laten wij u weten dat uit nader onderzoek naar voren is gekomen dat u [naam X] niet alleen onjuiste financiële gegevens met betrekking tot uw eigen financiering (ten tijde van uw verzoek tot ontslag uit de hoofdelijkheid van [naam Consument]) hebt verstrekt maar wij ook hebben vastgesteld dat u inkomensbescheiden hebt vervalst waarmee door anderen bij ons een financieringsaanvraag is gedaan.'

2.5 X heeft tegen de Bank een procedure bij de voorzieningenrechter aangespannen. Tijdens de behandeling op 13 november 2014 is tussen X en de Bank afgesproken dat de Bank de termijn waarop de schuld afgelost moet zijn verlengt tot 1 november 2015. Consument was geen partij in die procedure. In het vonnis staat opgenomen dat Consument zich ter zitting akkoord heeft verklaard met de tussen X en de Bank gemaakte afspraken.

2.6 Op 11 augustus 2015 heeft Consument de Bank per e-mail verzocht de termijn van 1 november 2015 verder te verlengen zodat Consument en X de woning kunnen verkopen tegen een hoger bedrag, om zo de omvang van de restschuld zoveel mogelijk te beperken. De Bank heeft hier afwijzend op gereageerd.

2.7 Consument heeft de Bank op 28 oktober 2015 gedagvaard voor de voorzieningenrechter en aansprakelijk gehouden voor vermeende tekortkomingen.

Ter zitting op 25 november 2015 is tussen partijen een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen die is opgenomen in het proces-verbaal.

2.8 Op 23 mei 2016 is de woning verkocht. Na aflossing op de geldlening is een restschuld van € 123.498,- overgebleven. De Bank heeft Consument aangesproken tot betaling van deze restschuld.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld de restschuld van € 123.499,- (deels) kwijt te schelden of aan hem schadevergoeding te betalen die in goede justitie door de Commissie moet worden vastgesteld.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt op de grondslag dat de Bank de op haar rustende verplichtingen jegens Consument heeft geschonden. Hiertoe heeft Consument, kort en zakelijk weergegeven, het volgende aangevoerd.

- Consument is medio 2016 bekend geworden met een mogelijke zorgplichtschending dan wel onrechtmatig handelen door de Bank en de omvang van de schade, nadat hij zijn situatie met een familierelatie en een hypotheekadviseur had besproken. Zijn klachten heeft hij tijdig bij de Bank kenbaar gemaakt. Consument heeft voldaan aan zijn klachtplicht en hij heeft zijn klacht tevens tijdig bij Kifid ingediend.

- Bij het verstrekken van de financiering in 2006 heeft de Bank zich schuldig gemaakt aan overkreditering (I).

- De Bank heeft de aanvraag voor ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid van Consument in 2010 ten onrechte afgewezen verwijzend naar een BKR-codering; deze codering is echter ten onrechte geplaatst (II).

- De Bank heeft haar zorgplicht geschonden door Consument niet tijdig te waarschuwen voor het onderzoek dat zij deed naar X, maar pas in 2014. Hierdoor heeft zij Consument de kans ontnomen om in voor hem financieel goede tijden een oplossing te vinden voor de geldlening (III).

- De Bank heeft haar verplichtingen op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren (Wwft) ten aanzien van het doen van cliëntonderzoek geschonden door niet tijdig onderzoek te doen naar X (IV).

Verweer van de Bank

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

- De klacht van Consument is niet behandelbaar. Consument heeft op grond van het Reglement niet binnen de daartoe gestelde termijn zijn klacht bij Kifid ingediend; Consument heeft niet voldaan aan de klachtplicht op grond van artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW); tussen partijen is op 25 november 2015 een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen ter beëindiging van het geschil. Daarbij is relevant dat Consument door de jaren heen is bijgestaan door professionele gemachtigden.

  Mocht de Commissie aan een inhoudelijke beoordeling van de klacht toekomen voert de Bank het volgende aan.

- De Bank heeft in 2010 afwijzend gereageerd op het verzoek om Consument uit de hoofdelijke aansprakelijkheid te ontslaan. Door tijdsverloop kan de Bank niet achterhalen wanneer en om welke redenen de achterstandscodering is geplaatst. Ook in het geval dat geen sprake was van een BKR-codering was het ontslag niet verleend. In dat geval zouden de ontvangen stukken inhoudelijk beoordeeld worden en was de door X gepleegde fraude dan al naar voren gekomen.

- De Bank is eind 2012 een onderzoek gestart naar aanleiding van een hypotheekaanvraag door een andere klant waarbij stukken afkomstig van de onderneming van X zijn ingediend. Na diepgaander onderzoek is de Bank gebleken dat sprake is van fraude en dat ook de stukken die X heeft ingediend bij de aanvraag voor ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid van Consument in 2010 frauduleus waren opgesteld. Consument waarschuwen over X bij de aanvang van het onderzoek eind 2012 mocht de Bank niet doen en het vermoeden van fraude kon ook nog weerlegd worden.

- De Bank betwist dat zij niet heeft voldaan aan haar verplichtingen op grond van de Wwft ten aanzien van X. Betalingsachterstanden zijn geen fraude indicator en de Bank had eerder geen aanleiding om diepgaander onderzoek in te stellen.

4. Beoordeling

4.1 De Bank heeft zich op het standpunt gesteld dat de klacht van Consument niet behandelbaar is.

De Commissie zal eerst moeten onderzoeken of deze (formele) verweren van de Bank slagen.

Zijn de klachtonderdelen van Consument behandelbaar?

De klachtplicht van artikel 6:89 BW

4.2 Artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat de schuldeiser die een gebrekkige prestatie ontvangt, ter zake binnen bekwame tijd dient te protesteren, op straffe van verval van alle bevoegdheden. Op de consument rust op grond van dit artikel een onderzoeks- en klachtplicht. De ratio van het artikel is bescherming van de schuldenaar tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten, doordat deze erop mag rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar meedeelt. De klachttermijn gaat lopen zodra de schuldeiser het gebrek heeft ontdekt of had moeten ontdekken. Met het woord "redelijkerwijze" in artikel 6:89 BW is een zekere objectivering bedoeld.

4.3 Voor het bepalen van de lengte van de termijn waarbinnen moet worden geprotesteerd zijn in dit geval van belang de waarneembaarheid van het gebrek, de onderlinge rechtsverhouding van partijen, de deskundigheid van partijen en de ter zake aanwezige kennis. Daarbij moet worden meegewogen of de Bank nadeel heeft geleden door het tijdsverloop totdat is geklaagd, bijvoorbeeld omdat zij door het tijdsverloop is benadeeld in haar bewijspositie (zie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 7 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:416, overweging 4.6.3.2).

4.4 De Commissie is van oordeel dat Consument ten aanzien van de klachtonderdelen die zien op overkreditering (I) en de afwijzing van het verzoek om ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid (II), niet aan zijn klachtplicht heeft voldaan. Zij licht dit hieronder toe.

4.5 De geldlening is in september 2006 aangegaan door Consument en X gezamenlijk; vervolgens is de aanvraag van Consument voor ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid in mei 2010 door de Bank afgewezen. In 2014 heeft de Bank de geldlening opgeëist. In 2014 en 2015 zijn respectievelijk door X en Consument procedures bij de voorzieningenrechter gevoerd tegen de Bank. Nadien is wederom tussen partijen gecorrespondeerd over de klachten van Consument. Consument heeft de vermeende tekortkomingen ten aanzien van overkreditering en de weigeringsgrond voor het ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid gedurende deze periode niet opgeworpen.

4.6 Consument heeft zich eind 2017 bij Kifid beklaagd over de in 4.4 genoemde klacht-onderdelen. Dit is meer dan 11 jaar na de verstrekking van de geldlening en meer dan 7 jaar na de afwijzing voor het ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid. Gelet op het voorgaande en het feit dat Consument in voornoemde kwesties is bijgestaan door professionele vertegenwoordigers heeft Consument in de voornoemde periode niet voldaan aan zijn onderzoeksplicht. Maar ook als hij al wel aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan, dan heeft dat onderzoek er in die periode of kort daarna in ieder geval niet toe geleid dat Consument zich bij de Bank heeft beklaagd over de vermeende over-kreditering dan wel de grondslag voor de afwijzing van het ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid.

4.7 De door Consument gegeven verklaring voor het tijdsverloop, dat hij op basis van eigen onderzoek geleidelijk achter nieuwe feitencomplexen is gekomen, overtuigt niet. Het is immers niet in overeenstemming met de op Consument rustende onderzoeksplicht, die vooraf gaat aan de klachtplicht.

4.8 Bij de beoordeling of een beroep op schending van de onderzoeks- en klachtplicht kan slagen moet ook worden meegewogen of de Bank nadeel heeft geleden door het (grote) tijdsverloop totdat is geklaagd. De Commissie is van oordeel dat hiervan sprake is. De stellingen van Consument roepen de nodige vragen op en de Bank bevond zich naar het oordeel van de Commissie in een bijzondere situatie. Zo is haar de mogelijkheid ontnomen eventueel schadebeperkende maatregelen te nemen en is haar bewijspositie, onder meer door verloop van de termijn van de wettelijke bewaarplicht, in de tussentijd ernstig verslechterd. Dat betekent dat het beroep van de Bank op schending van de klachtplicht door Consument ten aanzien van deze klachtonderdelen slaagt.

Vaststellingsovereenkomst

4.9 De Commissie stelt vast dat er sprake is van een vaststellingsovereenkomst die op 25 november 2015 tussen Consument en de Bank tot stand is gekomen. Consument heeft, bijgestaan door zijn advocaat, de Bank aangesproken en gesteld dat de Bank de op haar rustende zorgplicht jegens Consument heeft geschonden en voorafgaand aan de opeising van de geldlening in 2014 geen contact heeft opgenomen met Consument om hem te informeren over de mogelijk aanstaande opeising en de gronden (fraude door X) die zij daarvoor aanwezig achtte en dat de Bank daar al veel eerder kennis van had of had moeten hebben.

4.10 In de vaststellingsovereenkomst staat onder meer dat Consument tot 1 juni 2016 de gelegenheid krijgt om het onderpand onderhands te verkopen, dat Consument de aangekondigde bodemprocedure tegen de Bank intrekt en dat het voorgaande is overeengekomen ter beëindiging van het geschil tussen Consument en de Bank.

Met het tot stand komen van de vaststellingsovereenkomst is voor het klachtonderdeel van Consument dat ziet op de zorgplichtschending in verband met het niet tijdig informeren van Consument (III), de klacht niet behandelbaar omdat er door de vaststellingsovereenkomst geen sprake meer is van een geschil.

Conclusie ten aanzien van de behandelbaarheid

4.11 Voorgaande leidt ertoe dat de klachtonderdelen I, II en III niet behandelbaar zijn. Klachtonderdeel IV komt wel voor een inhoudelijke beoordeling in aanmerking.

Klachtonderdeel schending Wwft verplichtingen (IV)

4.12 Ten aanzien van de stelling van Consument dat de Bank haar Wwft verplichtingen ten aanzien van cliëntenonderzoek heeft geschonden merkt de Commissie op dat de verplichting van banken tot het doen van onderzoek naar haar cliënten in het kader van het risico voor witwassen en financiering van terrorisme in het leven is geroepen ter bescherming van dit algemene maatschappelijk belang en niet ter bescherming van Consument tegen vermogensschade. Indien al vast zou komen te staan dat de Bank niet aan deze publiekrechtelijke verplichting zou hebben voldaan in de betreffende periode, kan daaruit in dit geval niet de gevolgtrekking worden verbonden dat het niet waarschuwen van Consument hiervoor een toerekenbare tekortkoming jegens Consument oplevert.

Ten overvloede

4.13 Hoofdelijke aansprakelijkheid houdt in dat elke schuldenaar voor het gehele bedrag kan worden aangesproken. Hoofdelijke aansprakelijkheid ziet enkel op de (externe) verhouding tussen de schuldeiser (de Bank) en de schuldenaren (Consument en zijn ex-partner) en zegt niets over de (interne) verhouding tussen de schuldenaren onderling. Het is in de onderhavige situatie overigens weinig aannemelijk dat de Bank Consument ontslag had verleend uit de hoofdelijke aansprakelijkheid in 2010, ook indien geen sprake was geweest van een BKR-codering.

5. Beslissing

De Commissie oordeelt dat de klacht van Consument ten aanzien van de klachtonderdelen I, II en III niet behandelbaar is en wijst het klachtonderdeel IV af.

In artikel 2 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/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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 40 van het Reglement.