Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0785
(mr. F.H.E. Boerma, voorzitter, mr. dr. M.D.H. Nelemans,
prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem, leden en mr. C.I.S. Dankelman, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 15 juli 2020
Ingediend door	: De consument
Tegen	: Klein Adviesgroep B.V., gevestigd te Culemborg, verder te noemen de adviseur
Datum uitspraak	: 3 september 2021
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies
Uitkomst	: Niet-behandelbaar
Bijlage	: Relevante bepalingen uit de koopovereenkomst

Samenvatting

Schending klachtplicht. De klacht van de consument gaat over het in 2017 door de adviseur verstrekte advies. De consument heeft pas na drie jaar bij de adviseur geklaagd en de adviseur is door dit late klagen ook benadeeld. Een afweging van de over en weer betrokken belangen brengt dan mee dat de consument in de gegeven omstandigheden geen beroep meer kan doen op de door haar gestelde gebrekkige prestatie. De stelling van de adviseur slaagt dat de consument onredelijk laat heeft geklaagd. De vordering komt daarom niet voor inhoudelijke behandeling in aanmerking. Ten overvloede merkt de commissie op dat ook indien wel tijdig zou zijn geklaagd, de klacht ongegrond zou zijn verklaard.

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 om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) de door Advocatenkantoor Van der Gronde verstrekte reactie op de klachtuiting van de consument van 21 december 2020; 3) de reactie van de vertegenwoordiger van de consument op de akte van 21 december 2020; 4) het verweerschrift van de adviseur; 5) de repliek van de consument en 6) de dupliek van de adviseur.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 5 juli 2021. Partijen zijn aldaar verschenen.

1.3 De adviseur heeft gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument heeft zich in maart 2017 in het kader van advies en bemiddeling inzake de financiering van een appartement tot de adviseur gewend. De consument was op dat moment in een echtscheidingsprocedure verwikkeld.

2.2 De consument heeft voor een bedrag van € 118.500,- een appartement gekocht. Op 1 april 2017 heeft de consument de koopovereenkomst ondertekend. De relevante bepalingen uit de koopovereenkomst zijn opgenomen in de bijlage.

2.3 Na overleg tussen de verkopend makelaar en de adviseur is de levering van het appartement tweemaal uitgesteld. De verkopers waren voor de levering afhankelijk van de goedkeuring van Nationale Hypotheek Garantie, omdat zij het appartement met verlies verkochten en deze goedkeuring hadden zij niet binnen de gestelde termijn(en) verkregen. Partijen zijn overeengekomen dat het appartement op 8 juni 2017 zou worden getransporteerd.

2.4 Op 16 mei 2017 heeft de adviseur een adviesrapport voor de consument uitgebracht.

2.5 Met een aangetekende brief van 2 juni 2017 is de consument door de verkopend makelaar in gebreke gesteld. De consument heeft nagelaten om de bankgarantie op of voor 1 mei 2017 te stellen. In deze brief is de consument verzocht om per direct aan haar verplichtingen voortvloeiend uit de koopovereenkomst te voldoen.

2.6 Op 8 juni 2017 heeft [naam notariskantoor] met de adviseur in de cc het volgende aan de verkopend makelaar bericht:

> Ik heb zojuist geprobeerd uw kantoor telefonisch te bereiken, helaas zonder resultaat.
>
> Inmiddels heb ik contact gehad met de tussenpersoon van de koper, [redacted]. Om het dossier aan de zijde van koper rond te krijgen is nog enige tijd benodigd, naar verwachting ongeveer vier weken. De heer [redacted] heeft mij gevraagd om dit aan u door te geven en te vragen of verkoper akkoord is met uitstel van de overdracht.
>
> Bij voorkeur verzoek ik u rechtstreeks met de koper (danwel haar tussenpersoon) hieromtrent afspraken over te maken en mij te berichten over de gemaakte afspraken.

2.7 Eveneens op 8 juni 2017 heeft de verkopend makelaar de consument per aangetekende brief medegedeeld dat het transport van het appartement niet op de geplande datum heeft kunnen plaatsvinden, omdat zij heeft nagelaten de koopsom te voldoen. De consument is verzocht om uiterlijk op 17 juni 2017 haar verplichtingen na te komen.

In deze brief is verder opgenomen dat in het geval dat de consument niet aan haar verplichtingen voldoet, de verkopers van het appartement zich zowel het recht behouden om de koopovereenkomst te ontbinden als het recht om nakoming van de koop-overeenkomst te vorderen.

2.8 Op 27 juni 2017 heeft de verkopend makelaar aan de adviseur kenbaar gemaakt dat de verkopers besloten hebben te kiezen voor ontbinding van de koopovereenkomst. De consument heeft een boete voor het niet afnemen van het appartement betaald.

2.9 Op 12 juli 2017 is het op 30 maart 2017 ingediende verzoek tot echtscheiding van de consument en haar ex-partner door de Rechtbank Gelderland uitgesproken.

2.10 Op 19 juli 2017 heeft ING Bank N.V. de adviseur bericht dat zij de hypotheekaanvraag van de consument niet kan honoreren.

2.11 Op 21 juli 2017 heeft de consument een andere woning aangekocht. Bij de aankoop heeft de adviseur voor de consument met de verkopend makelaar over de prijs onderhandeld en de financiering geregeld. De adviseur heeft één keer advies en bemiddelingskosten van € 2.500,- bij de consument in rekening gebracht.

2.12 Op 20 januari 2020 heeft de vertegenwoordiger van de consument bij de adviseur gevraagd om het hypotheekdossier te overleggen. De consument stelt dat de adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden en beraadt zich over eventuele juridische vervolgstappen. Na een verdere uitwisseling van verzoeken en standpunten heeft de consument een klacht bij Kifid ingediend.

De klacht en vordering

2.13 De adviseur is toerekenbaar tekortgeschoten en heeft niet gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam hypotheekadviseur verwacht mocht worden. In het kader hiervan heeft de consument gesteld dat de adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden. Hij heeft de consument niet gewaarschuwd voor het verstrijken van de termijn van het financieringsvoorbehoud en de eventuele consequenties hiervan, terwijl dit wel van hem verwacht mocht worden. De adviseur heeft als tussenpersoon bij de aankoop van het appartement gefungeerd. De adviseur heeft niet medegedeeld dat het uitspreken van de scheiding een cruciaal element was voor het verkrijgen van de financiering en de consument vertrouwde volledig op de mededeling van de adviseur dat het met de financiering wel goed zou komen en dat zij zich geen zorgen hoefde te maken. Daarbij heeft de adviseur nagelaten om de consument te informeren over de mogelijkheid om verlenging van het financierings-voorbehoud aan te vragen.

2.14 De consument vordert vergoeding van € 13.100,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 16 juni 2020. Het gevorderde schadebedrag bestaat uit de volgende onderdelen:
– € 11.850,- de aan de verkoper betaalde boete van 10% van de koopsom
– € 1.250,- 50% van de in 2017 betaalde advieskosten.

Het verweer

2.15 De adviseur heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Inleiding

3.1 Tussen partijen is in geschil of de adviseur toerekenbaar tekort is geschoten in zijn verplichtingen uit hoofde van de tussen hem en de consument geldende overeenkomst en zo ja, welke schade dan voor vergoeding in aanmerking komt.

Beroep op de klachtplicht

3.2 De commissie zal eerst het meest verstrekkende verweer van de adviseur behandelen, namelijk dat de consument niet binnen redelijke tijd bij de adviseur heeft geklaagd. De adviseur heeft aangevoerd dat de consument pas in 2020 voor het eerst haar onvrede heeft geuit over het in 2017 gegeven advies, terwijl zij de gevolgen al veel eerder had kunnen en moeten ontdekken.

3.3 Artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat de consument zich binnen bekwame tijd moet beklagen nadat zij het gebrek in de prestatie (hier het waarschuwen over het verstrijken van het financieringsvoorbehoud en de consequenties hiervan) heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dient bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende klachtplicht acht te worden geslagen op alle relevante omstandigheden van het geval. Daarbij is ook van belang of de adviseur nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de consument heeft geklaagd.[1]

[1] Zie hiervoor HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615 en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, te vinden op www.rechtspraak.nl.

3.4 Verder dient in dit verband rekening te worden gehouden met enerzijds het voor de schuldeiser (de consument) ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld – te weten verval van al haar rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar (de adviseur) is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend.

3.5 De adviseur heeft zijn stelling gemotiveerd door aan te voeren dat de consument in de periode net voor het verlopen van de ontbindende voorwaarde, na het verstrijken van termijn van de ontbindende voorwaarde en ook tijdens de aankoop van de andere woning in juli 2017 haar onvrede bij de adviseur kenbaar had kunnen maken. De consument heeft volgens de adviseur op die momenten echter nooit een teken van onvrede geuit.

3.6 De adviseur stelt door het late klagen van de consument te zijn benadeeld, omdat de consument op dat moment nog alternatieven had om de boete te voorkomen. De adviseur heeft hierbij toegelicht dat het financieringsvoorbehoud mogelijk verlengd kon worden, de koop eventueel ontbonden kon worden en dat het een mogelijkheid was om de ex-partner van de consument mee te laten tekenen bij de financieringsaanvraag. De ex-partner had bij de adviseur kenbaar gemaakt hiertoe bereid te zijn. De adviseur heeft daarbij aangegeven dat hij deze mogelijkheden op dat moment ook aan de consument kenbaar heeft gemaakt en de consument vervolgens een bewuste keuze heeft gemaakt om van deze mogelijkheden geen gebruik te maken met het verschuldigd zijn van de waarborgsom tot gevolg.

3.7 De consument heeft ingebracht dat zij haar dossier pas in 2020 bij de adviseur heeft opgevraagd, omdat de situatie in 2017 haar op dat moment erg veel pijn heeft gedaan. De consument heeft toegelicht dat zij op dat moment net gescheiden was en als werkzame moeder in de zorg volledig vertrouwde op de dienstverlening van de adviseur. Eind 2019 heeft zij met haar huidige partner contact gehad met een andere financieel adviseur en deze heeft de consument en haar huidige partner geïnformeerd over de verplichtingen die vanuit de zorgplicht op een adviseur rust.

3.8 De commissie is van oordeel dat, gelet op alle relevante omstandigheden van het geval, de consument te laat heeft geklaagd over de dienstverlening van de adviseur. Vast staat dat de consument door de verkopend makelaar in twee aangetekende brieven (op 2 en 8 juni 2017) is geïnformeerd over de termijn van de ontbindende voorwaarde en over de gevolgen van het niet nakomen van de verplichtingen uit de koopovereenkomst.

Op dat moment had de consument moeten weten dat het financieringsvoorbehoud dreigde te verlopen en de financiering nog niet rond was. Ook was de consument op dat moment bekend met de boete die zij aan de verkopers zou moeten betalen als zij het appartement niet tijdig kon afnemen. Los van de vraag of de adviseur de consument heeft geïnformeerd over de termijn van het financieringsvoorbehoud en de eventuele taak van de adviseur bij het bewaken van die termijn in onderhavig geval, had het op de weg van de consument gelegen om zich medio 2017 tot de adviseur te wenden. Naast dat dit in de door de consument zelf aangegane koopovereenkomst is opgenomen, was de consument op dat moment door de verkopend makelaar geïnformeerd over de afgesproken termijnen en de gevolgen van het niet voldoen hieraan. Van de consument mocht verwacht worden dat zij op dat moment op zijn minst haar verbazing dan wel boosheid over de boete en de uitgevoerde werkzaamheden bij de adviseur had geuit en niet gebleken is dat de consument dit heeft gedaan. De consument heeft echter pas in januari 2020 een verzoek tot overleggen van het dossier ingediend en daarbij haar vermoeden geuit dat de adviseur zijn zorgplicht zou hebben geschonden. Daardoor is de adviseur de mogelijkheid ontnomen om in overleg met de consument één van de drie in punt 3.6 beschreven situaties uit te voeren. Daarbij is door het late klagen van de consument gebleken dat het voor beide partijen niet meer mogelijk is om precies te achterhalen wat in de vele telefoongesprekken is besproken. De inhoud van deze gesprekken hadden opheldering kunnen bieden over hetgeen precies tussen partijen is besproken. De door de consument aangevoerde omstandigheden waarom zij haar onvrede pas in 2020 bij de adviseur kenbaar heeft gemaakt, liggen in haar risicosfeer en kunnen niet leiden tot de conclusie dat geen sprake is van schending van de klachtplicht.

Conclusie

3.9 Door het geslaagde beroep op schending van de klachtplicht uit artikel 6:89 BW, kan de klacht niet verder worden behandeld. Ten overvloede merkt de commissie op dat ook indien wel tijdig zou zijn geklaagd, de klacht ongegrond zou zijn verklaard. Niet kan worden vastgesteld dat de adviseur de consument schriftelijk gewaarschuwd heeft voor het verstrijken van de termijn dan wel heeft geïnformeerd over de mogelijkheid om aan de verkopers te vragen om deze termijn te verlengen, echter een eventuele schriftelijke waarschuwing van de adviseur had het verloop in deze zaak niet anders gemaakt. Niet weersproken is dat de financiering pas verstrekt kon worden, nadat de Rechtbank Gelderland de echtscheiding had uitgesproken. Zelfs indien de adviseur de consument schriftelijk zou hebben ingelicht over het verstrijken van het financieringsvoorbehoud en de mogelijkheid om een verlenging aan te vragen, dan had de adviseur de afronding van de echtscheiding niet kunnen bespoedigen. De echtscheiding is op 12 juli 2021 uitgesproken en op dat moment was de door de verkopers gestelde deadline van 17 juni 2017 verstreken. Het causale verband tussen de gestelde schade en het handelen van de adviseur ontbreekt.

De stelling van de consument dat zij de brief van 8 juni 2017 met de adviseur heeft gedeeld en de adviseur haar heeft toegezegd dat de financiering voor 17 juni 2017 geregeld zou zijn, is door de adviseur gemotiveerd betwist en kan niet uit de stukken worden opgemaakt. Daarbij was de consument voor het verlengen van het financieringsvoorbehoud afhankelijk van de bereidheid van de verkopers en niet gebleken is dat zij hiertoe bereid waren.

4. De beslissing

De commissie stelt vast dat Kifid de klacht niet kan behandelen.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk 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. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

KiFiD
HET FINANCIËLE KLACHTENINSTITUUT

Bijlage - Relevante bepalingen uit de koopovereenkomst

Relevante bepalingen uit de koopovereenkomst

artikel 5. Bankgarantie. Waarborgsom.

5.1 Tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van koper zal deze uiterlijk op ~~26 april~~ 1 mei 2017 een schriftelijke door een bankinstelling afgegeven bankgarantie doen stellen voor een bedrag van € 11.950,-, zegge ELFDUIZENDNEGENHONDERDVIJFTIG EURO. Deze bankgarantie moet (i) onvoorwaardelijk zijn, (ii) voortduren tot tenminste één maand na de overeengekomen datum van juridische overdracht, en (iii) de clausule bevatten dat de desbetreffende bankinstelling op eerste verzoek van de notaris het bedrag van de garantie aan de notaris zal uitkeren. Indien het bedrag van de garantie aan de notaris wordt uitgekeerd, zal deze daarmee handelen als in artikel 14 is bepaald. Indien zich het gestelde in artikel 14.5 sub d voordoet, dient de bankgarantie te worden verlengd bij gebreke waarvan partijen de notaris ingevolge deze koopovereenkomst verplichten de bankgarantie te innen. Bij deze wordt de notaris verplicht en voor zover nodig onherroepelijk gemachtigd om, zodra koper aan zijn verplichtingen heeft voldaan en de juridische levering is voltooid, de bankinstelling te berichten dat de door koper gestelde bankgarantie kan vervallen. Onder bankinstelling wordt in dit artikel begrepen een bank of verzekeraar in de zin van artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht.

5.2 In plaats van deze bankgarantie te stellen kan koper een waarborgsom storten ter hoogte van het in artikel 5.1 genoemde bedrag in handen van de notaris via diens derdenrekening. De waarborgsom moet uiterlijk op de in artikel 5.1 genoemde dag zijn bijgeschreven op genoemde rekening.
Deze waarborgsom zal, behoudens het in artikel 14 bepaalde, met de koopsom worden verrekend voor zover de koopsom en het overige door koper verschuldigde niet uit een door koper aangegane geldlening worden voldaan. Het gedeelte van de waarborgsom dat niet wordt verrekend, wordt aan koper terugbetaald zodra hij aan zijn verplichtingen op grond van deze koopovereenkomst heeft voldaan.
Over de waarborgsom wordt door verkoper geen rente vergoed.
Als de notaris over de waarborgsom rente vergoedt, komt deze rente aan koper toe.

5.3 Indien koper in staat van faillissement wordt verklaard of is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen en de curator of bewindvoerder deze koopovereenkomst niet gestand wenst te doen, zal het in artikel 5.1 genoemde bedrag respectievelijk de waarborgsom van rechtswege als boete bedoeld in artikel 14.2 aan verkoper zijn verbeurd.

artikel 14. Ingebrekestelling. Ontbinding.

14.1 Indien één van de partijen, na in gebreke te zijn gesteld, gedurende acht dagen nalatig is of blijft in de nakoming van één of meer van haar uit deze koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, kan de wederpartij van de nalatige partij deze koopovereenkomst zonder rechterlijke tussenkomst ontbinden door middel van een schriftelijke verklaring aan de nalatige partij.

14.2 Ontbinding op grond van tekortkoming is slechts mogelijk na voorafgaande ingebrekestelling. Bij ontbinding van de koopovereenkomst op grond van toerekenbare tekortkoming zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij een zonder rechterlijke tussenkomst terstond opeisbare boete van tien procent (10%) van de koopsom verbeuren, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding, indien de daadwerkelijke schade hoger is dan de onmiddellijk opeisbare boete, en onverminderd vergoeding van kosten van verhaal.

14.3 Indien de wederpartij geen gebruik maakt van zijn recht de koopovereenkomst te ontbinden en nakoming verlangt, zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij na afloop van de in artikel 14.1 vermelde termijn van acht dagen voor elke sedertdien verstreken dag tot aan de dag van nakoming een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd zijn van drie pro mille (3‰) van de koopsom met een maximum van tien procent (10%) van de koopsom, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding, indien de daadwerkelijke schade hoger is dan de onmiddellijk opeisbare boete, en onverminderd vergoeding van kosten van verhaal.
Indien de wederpartij na verloop van tijd de koopovereenkomst alsnog ontbindt dan zal de nalatige partij een boete verschuldigd zijn van tien procent (10%) van de koopsom verminderd met het reeds in de vorm van een dagboete betaalde bedrag, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding, indien de daadwerkelijke schade hoger is dan de onmiddellijk opeisbare boete, en onverminderd vergoeding van kosten van verhaal.

14.4 Indien de nalatige partij na ingebreke te zijn gesteld binnen de voormelde termijn van acht dagen alsnog zijn verplichtingen nakomt, is de nalatige partij desalniettemin gehouden aan de wederpartij diens schade als gevolg van de niet-tijdige nakoming te vergoeden.

KiFiD
HET FINANCIËLE KLACHTENINSTITUUT

artikel 19. Ontbindende voorwaarden.
19.1 Deze koopovereenkomst kan door koper worden ontbonden indien uiterlijk:
~~a. op ..... door of namens de daartoe aangewezen gemeentelijke instantie geen vergunning aan koper is verleend om met de zijnen de onroerende zaak te betrekken tenzij hem daartoe een bindende toezegging door de bevoegde autoriteit is gedaan;~~

Betreft: [redacted]

paraaf koper: [redacted]

paraaf verkoper: [redacted]

Pagina 032 / 99

[redacted]



b. op 1 mei 2017 koper voor de financiering van de onroerende zaak voor een bedrag van 101% van de koopsom geen hypothecaire geldlening of het aanbod daartoe van een erkende geldverstrekkende bankinstelling heeft verkregen, zulks tegen ~~geen hogere bruto jaarlast dan ....., of een rentepercentage niet hoger dan ....., bij de volgende hypotheekvorm:~~ thans geldende voorwaarden en tarieven bij Nederlandse geldverstrekkende instellingen.
Onder bankinstelling wordt in dit artikel begrepen een bank of verzekeraar in de zin van artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht; en/of
c. op 1 mei 2017 koper geen met de aangevraagde hypothecaire geldlening corresponderende Nationale Hypotheek Garantie heeft verkregen.
d. op uiterlijk 19 april 2017 verkopers geen toestemming van hun geldverstrekker en/of de Nationale Hypotheek Garantie verkrijgen om het appartement aan de [redacted] te verkopen tegen de overeengekomen koopsom van € 118.500 met kwijtschelding van de restantschuld van €20.000 die zou ontstaan bij het tot stand komen van de definitieve verkoop. Verkopers hebben een inspanningsverplichting om de benodigde toestemmingen te verkrijgen.