KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-170
d.d. 8 juni 2012
(mr. H.J. Schepen, voorzitter en drs. A. Adriaansen en mr. J.W.H. Offerhaus, met mevrouw mr. M. Nijland als secretaris)

Samenvatting

De Commissie is van oordeel dat een executoriale verkoop ingrijpende consequenties met zich meebrengt, waarmee zwaarwegende belangen gepaard gaan. Van Aangeslotene had op grond van de op haar rustende zorgplicht in dit geval verwacht mogen worden dat zij Consument - in weerwil van artikel 1 sub 12 van de Algemene Voorwaarden van Aangeslotene - middels persoonlijke aanzegging op de hoogte zou stellen van de voorgenomen executie. Schending van de zorgplicht brengt mee dat Aangeslotene de door Consument geleden schade dient te vergoeden.

1. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene; en
- de ter zitting overgelegde pleitnota van Aangeslotene.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op vrijdag 27 april 2012.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Op 26 november 2004 is de zoon van Consument ter verkrijging van een woning een eerste hypothecaire geldlening aangegaan bij een van de rechtsvoorgangers van Aangeslotene. Consument heeft de akte van geldlening als hoofdelijk medeschuldenaar ondertekend voor een bedrag van € 127.500,-. De zoon van Consument is enige tijd later zelfstandig een tweede hypothecaire geldlening ten bedrage van € 22.000,- bij Aangeslotene aangegaan.

2.2. De zoon van Consument heeft de maandelijkse hypothecaire verplichtingen niet tijdig voldaan. Dit heeft er toe geleid dat Aangeslotene de hypothecaire geldlening heeft opgeëist en is overgegaan tot parate executie. Aangeslotene heeft de executie ingeleid door een aanzegging aan de zoon van Consument als neergelegd in artikel 544 van het Wetboek van Rechtsvordering (hierna: Rv). Aan Consument is deze aanzegging niet gedaan. De executieverkoop heeft in september 2008 plaatsgevonden.

2.3. In de toepasselijke Algemene Voorwaarden voor hypothecaire geldleningen van Aangeslotene (hierna: de Voorwaarden) is – voor zover relevant – het volgende bepaald:

Artikel 1 sub 12: "Alle mededelingen en aanzeggingen van de schuldeisers aan een schuldenaar worden geachte aan alle schuldenaren te zijn gedaan."

2.4. Na verkoop bleef wat betreft de eerste hypothecaire geldlening een restanthoofdsom van € 25.051,95,- over. Aangeslotene houdt Consument aansprakelijk voor dit bedrag, vermeerderd met alle bijkomende kosten.

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot kwijtschelding van de restschuld uit hoofde van de eerste hypothecaire geldlening ten bedrage van € 25.051,95,- vermeerderd met alle extra kosten, waaronder incasso- en executiekosten. Daarnaast vordert Consument van Aangeslotene schadevergoeding omdat door de executoriale verkoop van de woning een lagere koopprijs voor de woning is verkregen.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht en haar verbintenissen uit de hypothecaire geldleningsovereenkomst door hem niet tijdig in te lichten over haar voornemen tot executie van de woning van zijn zoon. Aangeslotene had hem via een aanzegging als neergelegd in artikel 544 Rv op de hoogte behoren te brengen.

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

4. Beoordeling

4.1. De vraag die aan de Commissie ter beantwoording ligt is of Consument in zijn hoedanigheid van hoofdelijk medeschuldenaar, zoals in de akte van geldlening opgenomen, door Aangeslotene op de hoogte had moeten worden gesteld van het voornemen tot executie van de woning van zijn zoon, tevens hoofdelijk medeschuldenaar. Ter beantwoording van deze vraag overweegt de Commissie het volgende.

4.2. Artikel 544 lid 1 Rv bepaalt dat de hypotheekhouder verplicht is de executie te doen inleiden door een aanzegging daarvan aan de hypotheekgever, de schuldenaar en hen van wier recht of beslag uit de registers blijkt en wier recht door de executoriale verkoop zal tenietgaan of vervallen. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene Consument niet overeenkomstig het gestelde in artikel 544 lid 1 Rv op de hoogte heeft gesteld van de voorgenomen executie.

4.3. Aangeslotene heeft ter zitting het standpunt ingenomen, - anders dan gedurende de schriftelijke procedure -, dat artikel 544 Rv in dit geval niet van toepassing is, omdat louter de hypotheekgever middels aanzegging op de hoogte dient te worden gebracht van het voornemen tot executie. Het voorbeeld dat genoemd wordt in Tekst & Commentaar bij artikel 544 RV ziet enkel op gevallen als neergelegd in artikel 3:233 BW, waar sprake is van een derde hypotheekgever, hetgeen in dit geval niet aan de orde is. Consument heeft hiertegenover gesteld artikel 544 Rv wel degelijk van toepassing is, omdat de daar genoemde schuldenaar ziet op “alle” schuldenaren; de schuldenaar dient in de gelegenheid te worden gesteld om de schuld in te lossen. De toepasselijkheid van dit artikel zou eveneens bevestigd zijn door de dienstdoende notaris.

4.4. De Commissie is mede op basis van het gestelde in Tekst & Commentaar bij artikel 544 Rv van oordeel dat met "schuldenaar" in dit artikel, niet alleen de schuldenaar wordt bedoeld, die ook tevens de hypotheekgever is, maar ook de medeschuldenaar, die weliswaar geen hypotheekgever is, maar wel degelijk belang heeft bij het voornemen tot executie en de eventuele opbrengst van de executie. Immers, de opbrengst is medebepalend voor zijn eventuele restschuld. Ingevolge artikel 544 Rv was aanzegging van de executie aan Consument in beginsel een vereiste.

4.5. Aangeslotene heeft betoogd dat artikel 1 sub 12 van de toepasselijke Voorwaarden bepaalt dat "Alle mededelingen en aanzeggingen van de schuldeiseres aan een schuldenaar gedaan worden geacht aan alle schuldenaren te zijn gedaan". De Commissie is van oordeel dat Consument en zijn zoon elkaar over een weer hebben gemachtigd stukken in ontvangst te nemen en dat Consument door akkoord te gaan met deze voorwaarde afstand heeft gedaan van zijn recht op persoonlijke aanzeggingen Consument heeft op grond van artikel 6:236 lid 1 BW

een beroep gedaan op vernietigbaarheid van artikel 1 sub 12 van de Voorwaarden, op grond van artikel 6:236 sub l BW, omdat dat artikel een afwijking van artikel 3:37 BW zou zijn ten nadele van Consument en daarmee een onredelijk bezwarend beding. De Commissie acht dit standpunt niet juist omdat artikel 3:37 BW alleen ziet op het geval dat de aanzegging van een partij gericht is tot een partij en alsdan aan bepaalde voorwaarden dient te voldoen. Daar is in dit geval geen sprake van.

4.6. Een en ander neemt echter niet weg dat de Commissie van oordeel is dat een executoriale verkoop zodanige ingrijpende consequenties met zich meebrengt, dat Aangeslotene in dit geval een beroep artikel 1 sub 12 van haar algemene voorwaarden op grond van de op haar rustende zorgplicht jegens Consument niet toekomt en dat van Aangeslotene verwacht mocht worden dat zij Consument middels persoonlijke aanzegging op de hoogte zou stellen van de voorgenomen executie. Door dit na te laten is hem de kans ontnomen om de schade enigszins te beperken en is hij hiermee ernstig in zijn persoonlijke belangen geschaad.

4.7. Schending van de zorgplicht brengt mee dat Aangeslotene de door Consument als gevolg daarvan geleden schade dient te vergoeden en onnodig gemaakte kosten jegens Consument dient in te trekken. Ter zitting heeft Consument gesteld dat de geëxecuteerde woning door Aangeslotene is gekocht voor een bedrag van € 90.000,-. Enige tijd later is de woning onderhands verkocht voor een bedrag van € 95.000,-, hetgeen niet door Aangeslotene is weersproken. Als Consument in de gelegenheid zou zijn gesteld de woning onderhands te verkopen acht de Commissie aannemelijk dat hij een meeropbrengst van € 5.000,- had kunnen realiseren. Daarom dient dit nadeel voor rekening van Aangeslotene te komen en dient dit bedrag door haar van de openstaande restschuld te worden afgetrokken. Daarnaast heeft Aangeslotene bij exploot de krachtens de Algemene Bepalingen verschuldigde buitengerechtelijke incassokosten ad € 4.471,77,- en de kosten van het exploot ad € 84,63,- aan Consument in rekening gebracht. Deze kosten hadden naar het oordeel van de Commissie redelijkerwijs bespaard kunnen worden als Consument in de gelegenheid was gesteld zijn verlies te beperken. Deze vordering dient Aangeslotene jegens Consument in te trekken .

4.8. Omdat Consument deels in het gelijk wordt gesteld zal Aangeslotene tevens worden veroordeeld tot vergoeding van de door Consument betaalde eigen bijdrage.

KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

5. Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat Aangeslotene de uitstaande restschuld als onder 4.7. overwogen met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009 vermindert met een bedrag van € 5.000,- en dat zij de vordering wegens buitengerechtelijke incassokosten en explootkosten ten bedrage van € 4.471,77,- respectievelijk € 84,63,- jegens Consument intrekt en dat zij aan Consument vergoedt een bedrag van € 50,-, betaald door Consument als eigen bijdrage voor de behandeling van dit geschil.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van 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.