Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-328 d.d. 16 september 2014
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, drs. A. Adriaansen en mr. J.W.H. Offerhaus, leden en mevrouw mr. L.T.A. van Eck, secretaris)

Samenvatting

De klacht van Consument ziet er allereerst op dat Aangeslotene haar zou hebben voorgehouden dat zij - ondanks de op haar rustende hoofdelijke aansprakelijkheid voor de hypothecaire geldlening van de voormalige echtelijke woning - een hypothecaire geldlening voor de woning zou verkrijgen en ten tweede op het advies van Aangeslotene om af te zien van een beroep op de in artikel 13 lid 1 sub b van de koopovereenkomst genoemde ontbindende voorwaarde. Aangeslotene heeft gemotiveerd aangevoerd dat ze Consument voldoende heeft gewaarschuwd voor het niet ontslaan uit voornoemde hoofdelijke aansprakelijkheid en de ontbindende voorwaarde. De vorderingen van Consumenten zullen dan ook worden afgewezen.

Consument,

tegen

de Hypothekers Associatie B.V., gevestigd te Capelle aan den IJssel, hierna te noemen Aangeslotene,

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 van Consument, ontvangen op 23 december 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene, met bijlagen;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot een oplossing geleid.
Consument en Aangeslotene zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 24 juni 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. De echtscheiding tussen Consument en haar voormalige echtgenoot is op 28 januari 2009 door de Rechtbank (woonplaats) uitgesproken en is op 9 maart 2009 in de registers van de burgerlijke stand ingeschreven.

3.2. Consument is vanaf 2010 in overleg geweest met Aangeslotene over de mogelijkheden voor de financiering van een nieuwe woning (hierna: de woning).

3.3. Op 29 juni 2010 hebben Consument en haar voormalige echtgenoot een echtscheidingsconvenant (hierna: het echtscheidingsconvenant) ondertekend. Hierin zijn zij onder meer overeengekomen dat de voormalige echtelijke woning aan de man wordt toebedeeld en de betreffende geldverstrekker Consument ontslaat uit haar hoofdelijke aansprakelijkheid ten aanzien van de op de voormalige echtelijke woning rustende hypothecaire geldlening.

3.4. Consument en de verkopers van de woning (hierna: de verkopers) hebben op 30 juni 2010 een koopovereenkomst getekend (hierna: de koopovereenkomst).
De koopovereenkomst luidt, voor zover relevant:

> *"**Artikel 1***
> *De voor de overdracht vereiste akte van levering zal gepasseerd worden op **Zo Spoedig mogelijk doch uiterlijk 20 augustus 2010**, of zoveel eerder of later als partijen nader overeen zullen komen, ten overstaan van notaris (…).*
> *(…)*
> ***Artikel 12***
> *1. Een partij is in verzuim jegens de wederpartij als hij, na in gebreke te zijn gesteld, nalatig is of blijft aan zijn verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst te voldoen. Ingebrekestelling moet schriftelijk geschieden met inachtneming van een termijn van acht dagen. Gemelde termijn kan reeds lopen voordat een partij nalatig is.*
> *(…)*
> *4. Indien de wederpartij geen gebruik maakt van zijn recht de overeenkomst te ontbinden en nakoming verlangt, zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij na afloop van de in artikel 12 lid 1vermelde termijn van acht dagen voor elke sedertdien verstreken dag tot aan de dag van nakoming een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd zijn van drie promille van de totale koopprijs, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding. Indien de wederpartij na verloop van tijd de overeenkomst alsnog ontbindt dan zal deze boete verschuldigd zijn voor elke dag na afloop van de in artikel 12 lid 1 vermelde termijn van acht dagen verstreken tot aan de dag waarop de overeenkomst ontbonden is.*
> ***Artikel 13***
> *1. Deze overeenkomst zal, mits met inachtneming van het navolgende, ontbonden (kunnen) worden zonder vergoeding en/of compensatie van schade of kosten één der partijen in elk van de volgende gevallen:*
> *b. als koper niet vóór **23 juli 2010** een toezegging heeft verkregen voor het aangaan van één of meer geldleningen ter financiering van het bij deze gekochte tot een totale hoofdsom van ten minste **€ 67.500,00** (…) onder de bij de grote geldverstrekkende instellingen gebruikelijke voorwaarden en bepalingen(…)."*

3.5. Consument heeft de op 30 juni 2010 door de bank uitgebrachte offerte voor een hypothecaire geldlening voor de financiering van de woning voor akkoord ondertekend.
3.6. Verkopers hebben Consument meerdere malen uitstel verleend voor het passeren van de koopakte, laatstelijk tot 1 mei 2011, omdat nog geen financiering aan Consument voor de woning was verstrekt. Consument en de verkopers zijn vervolgens overeengekomen dat Consument - als aanbetaling - een waarborgsom van € 6.700,- op de derdengelden rekening van de notaris zou storten en zij over de periode vanaf 1 november 2010 tot 1 mei 2011 een maandelijkse huur van € 400,- aan verkopers zou voldoen.
3.7. Op 18 mei 2011 heeft de notaris aan Consument medegedeeld dat de koopovereenkomst door de verkopers is ontbonden. De notaris heeft vervolgens het bedrag van € 6.700,- aan waarborgsom aan de verkopers uitbetaald.
3.8. De notaris heeft een bedrag van € 3.037,48 bij Consument gedeclareerd.

4. De vorderingen en grondslagen

4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot betaling van een schadebedrag van € 12.256,48, te vermeerderen met rente en kosten. Dit bedrag is opgebouwd uit € 6.700,- aan boeterente, € 2.400,- voor zes maanden huur, € 3.037,48 aan notariskosten en € 119,- aan kosten voor een taxatierapport voor de woning.
4.2. Deze vordering steunt kort en zakelijk op de volgende grondslagen:
- Consument en haar voormalige echtgenoot zijn gescheiden. Haar voormalige echtgenoot is in de voormalige echtelijke woning gaan wonen. Consument was, net als haar voormalige echtgenoot, hoofdelijk aansprakelijk voor de hypothecaire geldlening ten behoeve van de voormalige echtelijke woning. Zij zijn in het echtscheidingsconvenant overeengekomen dat Consument uit deze hoofdelijke aansprakelijkheid zou worden ontslagen. De notaris had in mei 2011 nog geen definitieve akte van verdeling kunnen opmaken, waardoor aan Consument nog geen financiering voor de aankoop van de woning kon worden verstrekt. De verkopers hebben daarom de koopovereenkomst ontbonden.
- Aangeslotene heeft Consument onjuist geadviseerd. Achteraf bleek dat ze pas een geldlening voor de woning zou kunnen krijgen als ze uit de hoofdelijke aansprakelijkheid was ontslagen. Aangeslotene heeft Consument desondanks voorgehouden dat zij een hypothecaire geldlening voor de woning zou kunnen krijgen. Daarnaast heeft Aangeslotene haar afgeraden een beroep te doen op de in artikel 13 lid 1 sub b van de koopovereenkomst genoemde ontbindende voorwaarde voordat deze voorwaarde afliep (op 23 juli 2010). Aangeslotene had Consument op het risico moeten wijzen dat zij liep indien zij zich niet op deze ontbindende voorwaarde zou beroepen.

4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. Aangeslotene heeft als meest verstrekkende weer aangevoerd dat Consument niet heeft voldaan aan de in artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) genoemde klachtplicht. Volgens Aangeslotene wist Consument reeds in mei 2011 dat zij een boeterente aan de verkopers moest betalen, maar heeft zij Aangeslotene hiervoor pas in

oktober 2012 aansprakelijk gesteld. Consument heeft daardoor zijn klacht niet tijdig aan Aangeslotene voorgelegd. De Commissie overweegt dat een schuldeiser - op grond van artikel 6:89 BW - geen beroep meer kan doen op een gebrek in de prestatie als deze niet binnen bekwame tijd nadat deze het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken bij de schuldenaar heeft geprotesteerd. Bij de vaststelling of van een dergelijke overschrijding sprake is, is tevens van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het te late tijdstip waarop de schuldeiser protesteert (zie Hoge Raad 8 februari 2013, LJN: BY4600). De Commissie overweegt dat Aangeslotene onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij in enig opzicht is benadeeld door het feit dat Consument haar pas in oktober 2012 aansprakelijk heeft gesteld voor de door haar in deze klachtenprocedure gevorderde schade. De door Aangeslotene aangevoerde omstandigheid dat de betreffende adviseur inmiddels niet meer bij haar werkzaam is onvoldoende, nu verondersteld moet worden dat bij deze adviseur in beginsel navraag kan worden gedaan en Aangeslotene de beschikking heeft over uitgebreide telefoonnotities, waarnaar zij ter onderbouwing van haar stellingen ook verwijst. Nu Aangeslotene verder niet concreet heeft onderbouwd waarom haar bewijspositie zou zijn geschaad, zal het art. 6:89 BW-verweer van Aangeslotene worden gepasseerd.

5.2. De Commissie zal nu verder gaan met de beoordeling van de klacht van Consument. Consument stelt ten eerste dat Aangeslotene haar heeft voorgehouden dat zij - ondanks de op haar rustende hoofdelijke aansprakelijkheid voor de hypothecaire geldlening van de voormalige echtelijke woning - een hypothecaire geldlening voor de woning zou verkrijgen. Aangeslotene erkent dat zij op de hoogte was van de inhoud van het echtscheidingsconvenant en het feit dat Consument nog niet ontslagen was uit de hoofdelijke aansprakelijkheid. Zij voert echter aan Consument te hebben medegedeeld dat de bank haar geen hypothecaire geldlening zou verstrekken indien zij niet werd ontslagen uit de hoofdelijke aansprakelijkheid. Zij verwijst hiervoor naar de door haar overgelegde telefoonnotities over de periode van 30 april 2010 tot en met 19 mei 2011. De Commissie overweegt dat uit deze telefoonnotities inderdaad volgt dat Consument meerdere malen is gewezen op en gewaarschuwd is voor de gevolgen van het niet ontslaan uit voornoemde hoofdelijke aansprakelijkheid voor het verkrijgen van een geldlening ten behoeve van de woning. Zij gaat daarbij uit van de juistheid van deze telefoonnotities en voorbij aan de stelling van Consument dat deze notities niet als onderbouwing van de stellingen van Aangeslotene kunnen dienen. Consument heeft immers niet aangegeven op welke concrete punten deze notities geen juiste weergave van de betreffende telefoongesprekken zouden geven, hetgeen wel op haar weg had gelegen. De Commissie overweegt verder dat Consument ter zitting heeft verklaard Aangeslotene uitdrukkelijk te hebben gevraagd naar het ontslag uit hoofdelijke aansprakelijkheid. Hieruit blijkt - in combinatie met de gespreksnotities van 30 april 2010, 23 juni 2010 en 24 juni 2010 - dat Consument op de hoogte was van het belang van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de hypotheekverstrekking voor de financiering van de woning. Nu Consument hiervan op de hoogte was, heeft zij op dit punt een eigen verantwoordelijkheid en kan zij Aangeslotene niet het verwijt maken dat deze haar zou hebben voorgehouden dat de hoofdelijke aansprakelijkheid geen invloed had op de hypotheekverstrekking. Dit deel van de klacht is dan ook ongegrond.

5.3. Consument klaagt daarnaast over het advies van Aangeslotene om af te zien van een beroep op de in artikel 13 lid 1 sub b van de koopovereenkomst genoemde ontbindende voorwaarde. De Commissie overweegt ten eerste dat Consument op dit punt een eigen verantwoordelijkheid heeft. Hierbij is van belang dat de ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst helder is geformuleerd en ervan uit kan worden gegaan dat Consument - door de ondertekening van de koopovereenkomst - akkoord is gegaan en bekend was met de inhoud van deze ontbindende voorwaarde. Daarnaast staat in een telefoonnotitie van 23 juli 2010 dat Consument aan heeft gegeven de ontbindende voorwaarde te laten verlopen, waaruit de Commissie afleidt dat Consument er bewust voor heeft gekozen geen beroep te doen op deze ontbindende voorwaarde vóór het aflopen van de termijn. Het voorgaande neemt niet weg dat Aangeslotene, naast de eigen verantwoordelijkheid van Consument, gehouden is Consument te wijzen op de ontbindende voorwaarde en de gevolgen van het laten verlopen van de voor deze voorwaarde van toepassing zijnde termijn. Uit de door Aangeslotene overgelegde telefoonnotities blijkt echter duidelijk dat Aangeslotene Consument hierop herhaaldelijk heeft gewezen. Gelet op het voorgaande, is ook dit klachtonderdeel ongegrond.

5.4. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven. De vordering van Consument zal worden afgewezen.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.