Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-562
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. D.W.Y. Sie secretaris)

Klacht ontvangen op	: 28 november 2018
Ingediend door	: de heer [naam Consument 1] (verder te noemen: Consument 1) en mevrouw [naam Consument 2] (verder te noemen: Consument 2) gezamenlijk te noemen: Consumenten
Tegen	: ABN AMRO Hypotheken Groep B.V. h.o.d.n. Florius, gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 6 augustus 2019
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Consumenten stellen slachtoffer te zijn geworden van een malafide vastgoedhandelaar bij de executieveiling in 2008. Consumenten stellen daarbij dat iedere koper van een woning grondig wordt doorgelicht, waardoor de Bank wel had moeten weten met wie zij bij de (executie)verkoop in zee ging. Hierdoor menen Consumenten dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden. De Bank heeft een beroep gedaan op artikel 6:89 BW, waarmee zij heeft gesteld dat Consumenten hun klachtplicht hebben geschonden. Daartoe heeft de Bank onder meer gesteld dat Consumenten in 2008 al bekend waren met de gang van zaken of in ieder geval veel eerder dan het moment dat zij daadwerkelijk hun klacht hadden ingediend. De Bank heeft onder meer gesteld dat zij, door het late klagen van Consumenten, niet meer kan achterhalen wat zich exact in 2008 heeft afgespeeld. De Commissie heeft opgemerkt dat de Bank gehouden is aan de wettelijke bewaartermijn van zeven jaar voor het bewaren van administratieve bescheiden (artikel 2:10 lid 1 en lid 3 BW). Naar wordt aangenomen, begint deze termijn te lopen op het moment dat de gegevensdragers 'vervaardigd' worden. Nu inmiddels ruim tien jaren na de executieveiling zijn verstreken, hoeft de Bank niet geacht te worden in staat te zijn om uit het dossier van Consumenten te achterhalen wat er bij de executieverkoop heeft plaatsgevonden. Consumenten hebben niet betwist dat de Bank door het late klagen is benadeeld. De Commissie stelt vast dat het beroep van de Bank op artikel 6:89 BW slaagt, waardoor zij niet toekomt aan de inhoudelijke behandeling van de klacht van Consumenten.

1. Procesverloop

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

- het door Consumenten ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consumenten;

- de dupliek van de Bank;
- reactie op dupliek van Consumenten.

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

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Op 6 november 2006 hebben Consumenten een hypothecaire geldlening ter hoogte van € 364.323, - bij de rechtsvoorganger van de Bank (MNF Bank N.V., hierna ook te noemen: 'de Bank') gesloten voor een woning te [plaatsnaam] (hierna: 'de Woning').

2.2 Op 1 augustus 2007, 29 augustus 2007 en 1 november 2007 heeft de Bank Consumenten per brief gesommeerd om de opgelopen betalingsachterstand te voldoen met de waarschuwing dat de totale vordering opgeëist kan worden, indien zij geen gehoor geven aan de sommatie.

2.3 Op 11 april 2008 heeft de Bank Consumenten per brief in de gelegenheid gesteld om binnen drie maanden de Woning onderhands te verkopen. Daarbij heeft de Bank aangegeven dat zij het verkooptraject over zal nemen, indien de Woning niet binnen de gestelde termijn wordt verkocht.

2.4 Op 22 augustus 2008 heeft de Bank Consumenten een brief gestuurd die, voor zover relevant, als volgt luidt:
"*Alle voorgaande correspondentie en/of contacten met u ten spijt, is er nog altijd sprake van een achterstand in betaling terzake uw hypotheek bij* [de Bank]. *De regeling welke met u op 18 januari 2008 is overeengekomen, wordt niet door u nagekomen en is derhalve te komen vervallen.*

Hierbij stellen wij u in gebreke. Op dit moment wordt uw situatie dusdanig ernstig geclassificeerd dat er voor de bank nog slechts een tweetal mogelijkheden resteert:
1. U werkt niet mee aan een minnelijke oplossing waardoor wij genoodzaakt zijn op basis van ons hypotheekrecht opdracht te geven aan een notaris om [de Woning] *bij executieveiling te verkopen. Wij merken hierbij op dat de opbrengst bij veiling aanzienlijk lager is dan bij een verkoop op de vrije markt. U zult derhalve mogelijk worden geconfronteerd met een aanzienlijke restschuld.*
2. U werkt mee aan het ondertekenen van een tripartiteovereenkomst op basis waarvan de hypotheekhouder [de Woning] *kan verkopen en leveren op basis van de geldende marktvoorwaarden, teneinde de eventuele restschuld zoveel mogelijk te beperken. (…)*

U kunt het bovenstaande slechts voorkomen door de volledige achterstand, thans zijnde € 9.567,62, onmiddellijk te voldoen op uw hypotheekrekeningnummer onder vermelding van uw naam."

2.5 Op 7 oktober 2008 is de Woning van Consumenten getaxeerd door [naam makelaar] op een executiewaarde van € 260.000, -.

2.6 Op 9 oktober 2008 heeft de notaris de Bank een brief gestuurd waarin hij aangeeft dat Consumenten niet in de Woning wonen.

2.7 Op 24 oktober 2008 heeft de notaris per brief de Bank medegedeeld dat geen onderhandse biedingen zijn binnengekomen.

2.8 Op 4 november 2008 heeft de executieveiling van de Woning plaatsgevonden. De Woning is voor een bedrag van € 232.000, - verkocht aan [naam Vastgoedhandelaar].

2.9 Op 6 november 2008 heeft de Bank de voorzieningenrechter - via de notaris - geïnformeerd dat haar vordering op Consumenten € 380.083,51 bedraagt en dat de Woning voor een bedrag van € 232.000, - is verkocht. Op 18 november 2008 heeft de voorzieningenrechter de verklaring van de Bank goedgekeurd.

2.10 Op 20 november 2012 heeft de deurwaarder op verzoek van de Bank Consumenten bij betekende exploot bevolen de restschuld van € 206.554,01 te betalen.

2.11 Op 6 december 2012 heeft de gemachtigde van de Bank Consumenten per brief de voorlopige betaalregeling bevestigd ten aanzien van de restantvordering van op dat moment € 206.302,08.

2.12 Op 24 mei 2016 heeft de deurwaarder Consumenten een brief gestuurd waarin van hen een totaalbedrag wordt gevorderd van € 156.985,94.

2.13 Op 18 april 2017 heeft de Bank onder het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) beslag gelegd op de uitkering uit de Ziektewet van Consument I.

2.14 Op 5 juli 2017 heeft de voorzieningenrechter een vonnis gewezen tussen Consument I en de Bank dat, voor zover relevant, als volgt luidt:
"*4.12 (…) Dit betekent dat op het moment dat* [de Bank] *executoriaal beslag liet leggen (op 18 april 2017) haar vordering op* [Consument I] *(nog) niet verjaard was. Het beroep van* [Consument I] *op verjaring van de vordering slaagt dus niet.*"

2.15 Op 31 oktober 2017 heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch een arrest gewezen tussen Consument I en de Bank dat, voor zover relevant, als volgt luidt:
"*4.4 In hoger beroep betwist* [Consument I] *niet langer de executiebevoegdheid van* [de Bank] *en de hoogte van de beslagvrije voet, zodat deze onderwerpen niet meer aan de orde zijn. Dat geldt ook voor de daarmee samenhangende subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen van* [Consument I]. *Het gaat in dit hoger beroep alleen nog om de vraag of* [Consument I] *terecht een beroep doet op verjaring van de vordering van* [de Bank] *waarvoor executoriaal beslag is gelegd en zijn daarop gebaseerde primaire vordering. In zijn dagvaarding in hoger beroep vordert* [Consument I] *alsnog (integrale) toewijzing van zijn vorderingen; dit betreft kennelijk alleen deze vordering en de proceskosten.*
(…)
4.9 Wat het exploot van 20 november 2012 betreft staat vast dat dit is betekend op het adres waar [Consument I] *op dat moment stond ingeschreven. Door [Consument I] is niets aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat hij op 20 november 2012 op enig ander adres stond ingeschreven.*
(…)
4.10 Een en ander brengt het hof tot de conclusie dat de verjaring door het exploot van 20 november 2012 is gestuit zodat het beroep op verjaring door Vossen reeds om deze reden niet opgaat"

2.16 Op 9 juni 2018 hebben Consumenten per brief een klacht ingediend bij de Bank.

2.17 Op 10 juli 2018 heeft de Bank Consumenten per brief bericht dat zij geen reden heeft gezien om hun klacht in behandeling te nemen.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consumenten

3.1 Consumenten vorderen een bedrag van € 160.000, - alsmede wettelijke rente over dit bedrag vanaf april 2016.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

- De Bank heeft samengezworen met de Vastgoedhandelaar, van wie Consumenten in 2008 slachtoffer zijn geworden na een frauduleuze (na-)veiling. In december 2011 en januari 2013 zijn boetes door de Autoriteit Consument & Markt (ACM) opgelegd aan 79 huizenhandelaren, waaronder aan de Vastgoedhandelaar. Iedere koper van een woning wordt grondig doorgelicht, waardoor de Bank wel had moeten weten met wie zij bij de executieverkoop in zee ging. Nu doet de Bank alsof zij geen weet had van deze praktijken, terwijl er gedegen onderzoek is gedaan naar deze dubieuze verkopen. Consumenten zijn benadeeld, omdat zij hierdoor een hoge restschuld hebben overgehouden.

- De Bank heeft haar zorgplicht geschonden. De Bank stelt dat Consumenten te laat hebben geklaagd, terwijl zij zelf te laat de hypothecaire geldlening heeft opgeëist. Daarnaast wil de Bank niet mee werken aan een betaalregeling met Consumenten. De Bank heeft ineens een loonbeslag gelegd van meer dan duizend euro, terwijl Consumenten al hun huis zijn kwijtgeraakt.

Verweer van de Bank

3.3 De Bank heeft de stellingen van Consumenten gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Klachtplicht van artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW)

4.1 Voordat de Commissie de *inhoudelijke klacht* van Consumenten kan beoordelen, dient zij te beoordelen of het *formele verweer* van de Bank ten aanzien van artikel 6:89 BW slaagt. Op grond van deze bepaling moet een schuldeiser binnen bekwame tijd nadat hij een gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar protesteren. Als de schuldeiser dat niet doet, dan kan hij op het gebrek in de prestatie geen beroep meer doen. De vraag of binnen bekwame tijd is geprotesteerd, dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval.

4.2 Verder moet rekening gehouden worden met enerzijds het voor Consumenten ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren - te weten verval van al hun rechten ter zake van de tekortkoming - en anderzijds de concrete belangen waarin de Bank 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 verstreken tijd tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan en dat van het protest vormt in die beoordeling een belangrijke factor. Dit is echter niet doorslaggevend. Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600. Ook is van belang of de schuldenaar (de Bank) nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeisers (Consumenten) hebben geklaagd. Aan de zijde van Consumenten geldt op basis van artikel 6:89 BW bovendien een onderzoeksplicht. Daarbij geldt de vraag of Consumenten het gebrek *redelijkerwijs* al eerder hadden kunnen ontdekken. Zie onder andere GC Kifid nr. 2018-546 (overweging 4.5) en GC Kifid nr. 2019-396 (overweging 4.2).

Belang van de Bank

4.3 De Bank heeft gesteld dat Consumenten in 2008 al bekend waren met de gang van zaken bij de executieverkoop van de Woning.

De Bank meent dat Consumenten in ieder geval al in 2013 op de hoogte waren over het onderzoek naar de gang van zaken bij executieveilingen, omdat Consumenten hebben verwezen naar een artikel uit 2013 met daarin besluiten van de Autoriteit Consument & Markt. Desondanks hebben Consumenten pas in 2018 de klacht over de handelwijze van de Bank bij de executieveiling aan haar voorgelegd. De Bank stelt in haar belang te zijn geschaad, omdat zij niet meer kan achterhalen wat zich exact in 2008 heeft afgespeeld bij de executieverkoop van de Woning van Consumenten. Doordat Consumenten te laat hebben geklaagd, is de Bank de gelegenheid ontnomen eventuele schadebeperkende maatregelen te treffen. Zie ook GC Kifid nr. 2017-755.

4.4 De Commissie merkt op dat de Bank is gehouden aan de wettelijke bewaartermijn van zeven jaar voor het bewaren van administratieve bescheiden (artikel 2:10 lid 1 en lid 3 BW). Naar wordt aangenomen, begint deze termijn te lopen op het moment dat de gegevensdragers 'vervaardigd' worden. Zie CvB Kifid nr. 2018-012. Nu inmiddels ruim tien jaren na de executieveiling zijn verstreken, hoeft de Bank niet geacht te worden in staat te zijn om uit het dossier van Consumenten te achterhalen wat er bij de executieverkoop heeft plaatsgevonden. Zie onder andere GC Kifid nr. 2018-546, overweging 4.10-4.11. Consumenten hebben daarnaast enkel bestreden dat zij te laat hebben geklaagd, maar zij hebben niet betwist dat de Bank hierdoor is benadeeld.

Conclusie

4.5 De Commissie betreurt de vervelende situatie waarin Consumenten zijn geraakt waarbij de Woning met een hoge restschuld is verkocht. De conclusie van de Commissie luidt echter dat het beroep van de Bank op artikel 6:89 BW slaagt. Dit betekent dat de klacht van Consumenten niet voor inhoudelijke behandeling in aanmerking komt.

5. Beslissing

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

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.