**Uitspraak Commissie van Beroep 2013-01 d.d. 9 januari 2013**
(prof. mr. A.S. Hartkamp, voorzitter, mr. A. Bus, mr. C.A. Joustra, drs. P.H.M. Kuijs AAG en mr. A. Rutten-Roos, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

## Samenvatting

Vader verbindt zich als hoofdelijk medeschuldenaar voor een door de zoon aangegane hypothecaire geldlening. Als de zoon in verzuim komt gaat de bank tot executoriale verkoop over zonder de in art. 544 lid 1 Rv bedoelde aanzegging aan de vader te doen. De Beroepscommissie acht de bank tot deze aanzegging gehouden, ondanks eventuele afwijkende bedingen in de algemene voorwaarden van de bank. Omvang schadevergoeding.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

## 1. De procedure in hoger beroep

1.1. Appellant (hierna: belanghebbende) heeft bij een op 17 juli 2012 gedateerd beroepschrift (met bijlagen) op de voet van artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met artikel 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (de Geschillencommissie) van 6 juni 2012 ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (de Beroepscommissie).

1.2. Verweerster in beroep (hierna: de bank) heeft een op 15 november 2012 gedateerd verweerschrift ingediend.

1.3. De Beroepscommissie heeft de zaak mondeling behandeld op 17 december 2012. Partijen hebben hun standpunt nader toegelicht en vragen van de Beroepscommissie beantwoord.

## 2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

## 3. De beslissingen van de Geschillencommissie

3.1. De Geschillencommissie heeft de volgende feiten vastgesteld. Op 26 november 2004 is de zoon van belanghebbende ter verkrijging van een woning een eerste hypothecaire geldlening aangegaan bij één van de rechtsvoorgangers van de bank.

Belanghebbende heeft de akte van geldlening als hoofdelijk medeschuldenaar ondertekend voor een bedrag van € 127.500. Omdat de zoon van belanghebbende de maandelijkse hypotheekverplichtingen niet tijdig is nagekomen, heeft de bank de lening opgeëist en is zij overgegaan tot parate executie. De executieverkoop heeft in september 2008 plaatsgevonden. De verkoop heeft € 90.000,- opgebracht. Belanghebbende is door de bank aangesproken voor een bedrag van € 25.051,95. Aangezien deze feiten in hoger beroep niet zijn bestreden, zal ook de Beroepscommissie daarvan uitgaan.

3.2. De Geschillencommissie heeft, voor zover hier van belang, geoordeeld dat de bank is tekortgeschoten in haar verplichting de voorgenomen executie aan te zeggen aan belanghebbende. De Geschillencommissie heeft deze verplichting gebaseerd op de zorgplicht die de bank in dit geval jegens belanghebbende in acht moest nemen.

3.3. De Geschillencommissie heeft de verplichting niet gebaseerd op schending van art. 544 lid 1 Rv, aangezien zij van oordeel was dat de bank de uit dit artikel voortvloeiende verplichting tot aanzegging van de executie op grond van haar algemene voorwaarden niet jegens belanghebbende als hoofdelijk medeschuldenaar in acht behoefde te nemen. Zij heeft in dat verband een beroep op vernietiging van de desbetreffende clausule in de algemene voorwaarden, gebaseerd op art. 6:236 sub l BW, verworpen. De juistheid van deze beslissingen kan in het midden blijven, aangezien zij door de bank niet zijn bestreden en de - evenmin bestreden - beslissing vermeld in 3.2 het oordeel van de Geschillencommissie zelfstandig kan dragen.

3.4. Wat de door belanghebbende gevorderde schadevergoeding betreft heeft de Geschillencommissie geoordeeld dat, nu de woning door de bank voor € 90.000,- was aangekocht en enige tijd later voor € 95.000,- onderhands verkocht, dit verschil als schade van de consument kan worden aangemerkt, aangezien aannemelijk is dat hij deze meeropbrengst had kunnen realiseren. Voorts heeft de Geschillencommissie geoordeeld dat de krachtens de algemene voorwaarden verschuldigde buitengerechtelijke incassokosten ad € 4.471,77 en de kosten van het exploot ad € 84,63, welke kosten aan de belanghebbende in rekening zijn gebracht, hadden kunnen worden bespaard indien de belanghebbende in de gelegenheid was gesteld zijn schade te beperken; de bank diende de vordering ter zake van deze beide kostenposten in te trekken. Tenslotte heeft de Geschillencommissie bepaald dat de bank aan de belanghebbende moest vergoeden de kosten van de door deze betaalde kosten voor eigen bijdrage ad € 50,-.

## 4. De beoordeling van het hoger beroep

4.1. Belanghebbende heeft in zijn beroepschrift betoogd dat hij recht heeft op een hogere schadevergoeding dan het bedrag dat de Geschillencommissie heeft toegewezen. Hij heeft daartoe het volgende aangevoerd.

(i) Hij was onbekend met het voornemen van de bank om de woning van zijn zoon executoriaal te verkopen. Hij werd sinds medio 2005 door de bank niet meer op de hoogte gehouden van de stand van de betalingen. Weliswaar was hij, zoals de bank ook heeft gesteld, op de hoogte van financiële problemen van zijn zoon en heeft hij eerder in 2008 met hem en zijn oudste zoon gesproken over de mogelijkheid om hulp te bieden – in welk verband ook de hierna onder (ii) te vermelden taxatie is gemaakt -, maar zijn zoon heeft hem niet op de hoogte gesteld van de achterstand bij de betalingen aan de bank en van de aanzegging tot executie. Hij, belanghebbende, wist niet en kon niet weten dat de situatie zo ernstig was. Pas omstreeks kerst 2008 heeft de zoon hem verteld dat het huis was verkocht en dat hij inmiddels op straat was gezet.

(ii) In juni 2008 is de waarde van de woning getaxeerd op € 160.000,-. De taxatie is gemaakt omdat bij de oudste zoon het voornemen bestond de woning te kopen en aan de jongere zoon ter beschikking te stellen.

(iii) Het huis zou, gelet op dit één en ander, niet zijn verkocht indien belanghebbende op de hoogte was geweest van de voorgenomen executoriale verkoop.

(iv) Belanghebbende claimt voorts vergoeding van de door hem gemaakte kosten van rechtsbijstand.

4.2. De bank heeft de stellingen van belanghebbende bestreden. Zij heeft gesteld dat belanghebbende wel degelijk op de hoogte was van de voorgenomen executoriale verkoop althans daarvan op de hoogte had behoren te zijn, en dat, zo dit anders is, zulks voor risico van belanghebbende moet blijven.

4.3. De Beroepscommissie stelt vast dat de stelling van de bank dat belanghebbende op de hoogte was of had behoren te zijn van de voorgenomen executoriale verkoop, niet door stukken of ander bewijsmateriaal wordt gestaafd. Op grond van de stukken van het geding en de mondelinge behandeling gaat zij uit van de juistheid van de stellingen van belanghebbende als vermeld in 4.1. Zij deelt niet de mening van de bank dat de onbekendheid met de aanstaande executoriale verkoop voor risico van belanghebbende behoort te blijven. De juridische grondslag hiervan zou slechts 'eigen schuld' (art. 6:101 BW) kunnen zijn, maar de fout van de bank (zie hierboven sub 3.2) is zo ernstig dat de gestelde nalatigheid van belanghebbende (bestaande uit het niet begrijpen van de ernst van de situatie waarin zijn zoon verkeerde) daartegenover in het niet valt en niet kan gelden als medeoorzaak van zijn schade.

4.4. De Beroepscommissie is op grond van het vorenstaande van oordeel dat de bank de door belanghebbende geleden schade dient te vergoeden. Het gaat om de volgende posten.

(i) Blijkens r.o. 2.4 van het bindend advies van de Geschillencommissie houdt de bank belanghebbende aansprakelijk voor een restanthoofdsom ad € 25.051,95. Indien belanghebbende dit bedrag en eventuele rente daarover inmiddels aan de bank heeft betaald, heeft hij recht op terugvordering van het betaalde, met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van de betaling.

(ii) Hetzelfde geldt voor de in 3.4 hierboven genoemde bedragen van € 4.471,77 (buitengerechtelijke incassokosten) en € 84,63 (kosten exploit).

(iii) De Beroepscommissie acht termen aanwezig om de bank te veroordelen tot betaling van de kosten van de eigen bijdragen in de eerste instantie (€ 50,-) en in hoger beroep (€ 500,-) alsmede tot een vergoeding van de door belanghebbende gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 2.500,-.

(iv) De Beroepscommissie acht geen termen aanwezig de bank te veroordelen tot het bedrag van € 5.000,-, genoemd in 3.4, eerste zin, omdat het daarbij gaat om een vermogensverlies dat is geleden door de eigenaar van de verkochte woning, niet door belanghebbende als hoofdelijk medeschuldenaar.

## 5. Slotsom

De slotsom luidt dat het beroep slaagt. De bestreden beslissing van de Geschillencommissie kan niet in stand blijven. De Beroepscommissie zal de bank veroordelen tot betaling resp. terugbetaling van de in 4.4 onder (i) – (iii) genoemde bedragen. Voor zover die bedragen niet zijn betaald, is belanghebbende hen niets verschuldigd.

## 6. Beslissing

6.1. De Beroepscommissie stelt bij bindend advies vast dat de bestreden beslissing van de Geschillencommissie wordt vervangen door de volgende beslissing.

6.2. De Beroepscommissie

- bepaalt dat de belanghebbende niet is gehouden tot betaling aan de bank van de bedragen van € 25.051,95, € 4.471,77 en € 84,63, genoemd in 4.4, noch tot betaling van andere bedragen waarvoor de bank belanghebbende in verband met de executoriale verkoop aansprakelijk mocht houden;
- veroordeelt de bank tot terugbetaling van de zojuist genoemde bedragen en daarover betaalde rente voor zover die bedragen reeds aan de bank zijn betaald, vermeerderd met de wettelijke rente sinds het bedrag der betaling tot aan de dag der algehele terugbetaling;

- en veroordeelt de bank tot betaling aan belanghebbende van de eigen bijdragen van € 50,- en 500,-, alsmede tot betaling van een bedrag van € 2.500,- ter vergoeding van de door belanghebbende gemaakte proceskosten, vermeerderd met de over deze bedragen verschuldigde wettelijke rente vanaf de dag van deze uitspraak tot de dag van de algehele betaling.